VERSION NON CONFIDENTIELLE

Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz
Rue de l'Industrie 26-38
1040 Bruxelles
Tél. : 02/289.76.11
Fax : 02/289.76.09

COMMISSION DE REGULATION
DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ

DECISION FINALE

(B)121206-CDC-1178

relative à

"la demande de certification de la S.A. Elia System Operator"

pris en application des articles 23, §2, 31°, et 10, §2ter, a), de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

6 décembre 2012

TABLE DES MATIERES

I. CADRE LEGAL 5
1. Niveau européen : directives et règlements du troisième paquet 5
1.1. Certification et désignation 5
1.2. Règles de dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport 7
2. Droit interne belge : la loi électricité telle que modifiée par la loi du 8 janvier 2012 8
2.1. Certification et désignation 9
2.2. Dissociation du gestionnaire de réseau de transport 11
3. La base juridique de la présente décision et les exigences de dissociation applicables ... 12
3.1. Préalable : primauté et effet utile du droit de l'Union 12
3.2. Base juridique de la certification de la S.A. Elia System Operator et les exigences de dissociation auxquelles elle est confrontée 13
II. ANTECEDENTS 18
III. EXAMEN DE LA DEMANDE 25
1. Propriété du réseau dans le chef du TSO (art. 9.1.a) de la troisième directive électricité) 26
1.1. Etendue du réseau de transport et propriété des installations de raccordement 27
1.2. Double structure d'Elia 29
1.3. Conclusion (concernant l'article 9.1.a) de la troisième directive électricité) : 39
2. Règles d'interdiction en matière de contrôle croisé et/ou de pouvoirs sur les TSO et les entreprises exerçant une fonction de production ou de fourniture, en matière de désignation des membres de certains organes du TSO et de contrôle ou de quelconque pouvoir simultanés sur des entreprises qui exercent une fonction de production ou de fourniture, ou d'appartenance simultanée à des organes de ceux-ci (art. 9.1. b) à d) inclus de la troisième directive électricité) 41
2.1. Règles d'interdiction en matière de contrôle croisé et de pouvoir exercés sur les TSO et les entreprises exerçant une fonction de production ou de fourniture (art. 9.1.b) de la troisième directive électricité), et en matière de droit de désigner des membres de certains organes du TSO et d'exercer simultanément un contrôle ou un quelconque pouvoir sur des entreprises qui effectuent l'une des fonctions de production ou de fourniture (art. 9.1. c) de la troisième directive électricité) 44
2.1.1 Elia System Operator et ses filiales 44
2.1.2 Les actionnaires d'Elia System Operator 46

2.2. Règles d'interdiction en matière d'appartenance simultanée à certains organes du TSO et certains organes d'entreprises exerçant une fonction de production et/ou de fourniture d'électricité (art. 9.1.d) de la troisième directive électricité) 73
2.2.1 Membres du comité de direction d'ESO et d'Elia Asset 74
2.2.2 Membres du conseil d'administration d'ESO et d'Elia Asset 74
2.2.3 Conclusion (concernant l'art. 9.1.d) de la troisième directive électricité) : 77
2.3. Modification des statuts d'ESO et d'Elia Asset 78
3. Les tâches et responsabilités du gestionnaire de réseau de transport 82
IV. CONCLUSION 84

INTRODUCTION

La COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ (CREG) examine ci-après, sur la base de l'article 23, §2, 31°, et de l'article 10, §2ter, a), de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : la loi électricité), la demande de certification en tant que gestionnaire de réseau de transport de la S.A. Elia System Operator (également dénommée ci-après : ESO).

Après avoir été priée par la CREG, par lettre du 2 mars 2012, de soumettre dans les deux mois un dossier en vue de sa certification en tant que gestionnaire de réseau de transport d'électricité (cf. point 18 infra), la S.A. Elia System Operator a soumis à la CREG, par porteur avec accusé de réception le 11 avril 2012, la demande de certification précitée, à savoir un dossier en vue de l'obtention d'une certification en tant que gestionnaire de réseau de transport (également dénommé ci-après : TSO), sur la base du document *"Questionnaire certification of TSOs – FORM OU"* (un document émis par la Commission européenne), comportant des réponses rédigées en néerlandais, des pièces jointes (13 annexes) ainsi qu'une lettre d'accompagnement.

Par lettre du 19 avril 2012, monsieur le secrétaire d'Etat à l'Environnement, à l'Energie, à la Mobilité et aux Réformes institutionnelles a été informé de la demande de certification de la S.A. Elia System Operator.

La présente décision comporte quatre parties. La première partie expose brièvement le cadre légal. La deuxième partie concerne les antécédents de la présente décision. La troisième partie examine si, sur la base des informations comprises dans la demande de certification et dans les réponses aux demandes d'informations complémentaires de la CREG, il est satisfait aux exigences de dissociation du modèle de dissociation intégrale des structures de propriété retenu par le législateur belge ("*full ownership unbundling*"), telles que reprises à l'article 9 de la 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. Les tâches et responsabilités du gestionnaire de réseau de transport prévues à l'article 12 de la même directive seront également brièvement examinées. Enfin, la quatrième partie comporte la conclusion.

La présente décision a été adoptée par le Comité de direction de la CREG en sa séance du 6 décembre 2012.

I. CADRE LEGAL

1. Niveau européen : directives et règlements du troisième paquet

1. La directive et le règlement européens suivants du « troisième paquet énergie » sont pertinents pour la présente décision :

- la 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 (ci-après : la troisième directive électricité) ;

- le règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003 (ci-après : le règlement 714/2009).

1.1. Certification et désignation

2. La certification et la désignation du gestionnaire de réseau de transport sont réglementées à l'article 10 de la troisième directive électricité, qui prévoit entre autres ce qui suit :

> *"10.1. Avant qu'une entreprise soit agréée et désignée comme gestionnaire de réseau de transport, elle est certifiée conformément aux procédures visées aux paragraphes 4, 5 et 6 du présent article et à l'article 3 du règlement (CE) n° 714/2009."*
>
> *"10.2. Les entreprises qui possèdent un réseau de transport et dont l'autorité de régulation nationale a certifié qu'elles s'étaient conformées aux exigences prévues à l'article 9, en application de la procédure de certification, sont agréées et désignées comme gestionnaires de réseau de transport par les États membres. La liste des gestionnaires de réseau de transport désignés est communiquée à la Commission et publiée au Journal officiel de l'Union européenne." [...]*
>
> *"10.5. Les autorités de régulation arrêtent une décision sur la certification d'un gestionnaire de réseau de transport dans les quatre mois qui suivent la date de notification de la part du gestionnaire de réseau de transport ou la date de la demande de la Commission. La certification est réputée accordée à l'issue de cette période. La décision explicite ou tacite de l'autorité de régulation ne devient effective qu'après la conclusion de la procédure définie au paragraphe 6."*

"10.6. L'autorité de régulation notifie sans délai à la Commission sa décision explicite ou tacite relative à la certification d'un gestionnaire de réseau de transport, accompagnée de toutes les informations utiles relatives à cette décision. La Commission statue conformément à la procédure prévue à l'article 3 du règlement (CE) n° 714/2009." [...]

3. Il en découle entre autres que : (1) la certification par les autorités de régulation nationales (également dénommées ci-après : NRA) selon la procédure décrite à l'article 10 de la troisième directive électricité, constitue une *condition sine qua non* pour pouvoir être ultérieurement désigné gestionnaire de réseau de transport, et (2) la certification par les NRA doit porter sur le respect des exigences contenues à l'article 9 de la troisième directive électricité ; la NRA doit en effet certifier "*qu'elles* [les entreprises qui possèdent un réseau de transport] *se sont conformées aux exigences de l'article 9*".

4. L'article 3 du règlement 714/2009 dont il est question à l'article 10.6 de la troisième directive électricité concerne l'avis de la Commission européenne dans le cadre de la certification des gestionnaires de réseau de transport et stipule :

3.1. "La Commission examine dès réception toute notification d'une décision concernant la certification d'un gestionnaire de réseau de transport conformément à l'article 10, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE. Dans les deux mois à compter du jour de la réception de cette notification, la Commission rend son avis à l'autorité de régulation nationale concernée quant à sa compatibilité avec l'article 10, paragraphe 2, ou l'article 11, et l'article 9 de la directive 2009/72/CE.

Lorsqu'elle élabore l'avis visé au premier alinéa, la Commission peut demander à l'agence de fournir son avis sur la décision de l'autorité de régulation nationale. Dans ce cas, le délai de deux mois visé au premier alinéa est prolongé de deux mois supplémentaires.

Si la Commission ne rend pas d'avis dans les délais visés aux premier et deuxième alinéas, elle est réputée ne pas avoir soulevé d'objections à l'encontre de la décision de l'autorité de régulation.

3.2. "Après avoir reçu un avis de la Commission, l'autorité de régulation nationale adopte, dans un délai de deux mois, sa décision finale concernant la certification du gestionnaire de réseau de transport, en tenant le plus grand compte de cet avis de la Commission. La décision de l'autorité de régulation et l'avis de la Commission sont publiés ensemble."

5. Il ressort également clairement de cet article 3 du règlement 714/2009 que la certification doit être faite par la NRA. Dans ce cadre, elle est tenue de recueillir l'avis de la Commission européenne relatif à la compatibilité de son projet de décision de certification avec les exigences de l'article 9 de la troisième directive électricité. La NRA devra tenir le plus grand compte de cet avis lorsqu'elle adoptera sa décision de certification définitive.

1.2. Règles de dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport

6. Dans le cadre de la transposition de la troisième directive électricité, le législateur belge a choisi expressément d'appliquer le modèle de dissociation intégrale des structures de propriété ("*full ownership unbundling*")[1]. Les dispositions suivantes de l'article 9 de la troisième directive électricité sont donc pertinentes pour la présente décision :

Article 9.1 :

"1. Les États membres veillent à ce que, à compter du 3 mars 2012 :

a) chaque entreprise qui possède un réseau de transport agisse en qualité de gestionnaire de réseau de transport ;

b) la ou les mêmes personnes ne soient pas autorisées :

i) ni à exercer de contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes: production ou fourniture, et à exercer de contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport ;

ii) ni à exercer un contrôle direct ou indirect sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport et à exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes: production ou fourniture ;

c) a ou les mêmes personnes ne soient pas autorisées à désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un réseau de transport, et à exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes: production ou fourniture ; et

d) a même personne ne soit pas autorisée à être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise à la fois d'une entreprise assurant une des fonctions suivantes: production ou fourniture, et d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un réseau de transport."

Article 9.2 :

"Les pouvoirs visés au paragraphe 1, points b) et c), comprennent en particulier :

a) le pouvoir d'exercer des droits de vote ;

b) le pouvoir de désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ; ou

c) la détention d'une part majoritaire."

---

[1] Voir entre autres l'exposé de motifs de la loi du 8 janvier 2012 (*Doc. parl.*, Chambre, session 2010-2011, n° 53-1725/001, p. 8).

Article 9.3 :

"Aux fins du paragraphe 1, point b), la notion d'"entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture" correspond à la même notion au sens de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel [18], et les termes "gestionnaire de réseau de transport" et "réseau de transport" correspondent aux mêmes termes au sens de ladite directive."

7. Les dispositions qui précèdent définissent les conditions de la dissociation intégrale des structures de propriété auxquelles le (candidat) gestionnaire de réseau de transport doit répondre cumulativement afin de pouvoir être certifié par la NRA (voir article 10.2 de la troisième directive électricité).

2. Droit interne belge : la loi électricité telle que modifiée par la loi du 8 janvier 2012

8. En adoptant la loi du 8 janvier 2012 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, publiée au Moniteur belge du 11 janvier 2012, l'Etat belge vise entre autres à transposer la troisième directive électricité, y compris les dispositions en matière de certification du gestionnaire de réseau de transport.

Le législateur belge n’a toutefois pas assuré une transposition correcte et conforme de toutes les dispositions de la troisième directive électricité dans l'ordre juridique belge. La CREG a par conséquent introduit un recours en annulation de nombreuses dispositions de la loi du 8 janvier 2012 auprès de la Cour constitutionnelle et a également déposé une plainte auprès de la Commission européenne.

La transposition des dispositions relatives à la certification du gestionnaire de réseau de transport de la troisième directive électricité dans la loi électricité ne s'est pas non plus faite conformément au troisième paquet énergie et fait l'objet du recours en annulation et de la plainte précités pour un nombre important de points.

La CREG formule dès lors dans la présente décision une réserve générale concernant la transposition correcte et conforme en droit national du troisième paquet énergie, en particulier en ce qui concerne les dispositions relatives à la certification du gestionnaire de réseau de transport.

2.1. Certification et désignation

9. Les dispositions par le biais desquelles le législateur belge visait à transposer, aux termes de la loi du 8 janvier 2012, selon l'exposé des motifs de cette loi, les dispositions de l'article 10 de la troisième directive électricité relative à la certification et la désignation du gestionnaire de réseau de transport, sont reprises à l'article 10 de la loi électricité. Ces dispositions sont les suivantes :

> *"Art. 10. § 1. Après avis de la commission et délibération en Conseil des ministres, le ministre désigne le gestionnaire du réseau après proposition d'un ou plusieurs propriétaires du réseau (y compris, le cas échéant, le gestionnaire du réseau sortant) qui, seuls ou conjointement, détiennent une partie du réseau de transport qui couvre au moins 75 pour-cent du territoire national et au moins deux tiers du territoire de chaque région.*
>
> *A défaut d'une telle proposition dans les trois mois qui suivent la date de publication d'un avis du ministre au Moniteur belge, le ministre désigne le gestionnaire du réseau sur proposition de la commission et après délibération en Conseil des ministres.*
>
> *Avant qu'une entreprise ne soit désignée comme gestionnaire du réseau, elle est certifiée conformément à la procédure visée au § 2ter.*
>
> *L'identité du gestionnaire du réseau désigné est communiquée à la Commission européenne.*
>
> *Le gestionnaire du réseau définitivement désigné avant la publication de la loi du ... portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations est réputé certifié. La commission peut à tout instant ouvrir une procédure de certification.*
>
> *§ 2. Le gestionnaire du réseau est désigné pour un terme renouvelable de vingt ans. Toutefois, son mandat prend fin en cas de faillite, dissolution, fusion ou scission. Le ministre peut, après avis de la commission et délibération en Conseil des ministres, révoquer le gestionnaire du réseau en cas de :*
>
> *1° changement significatif, sans certification préalable,]1 dans l'actionnariat du gestionnaire du réseau qui est susceptible de compromettre l'indépendance de la gestion du réseau de transport ;*
>
> *2° manquement grave du gestionnaire du réseau à ses obligations en vertu de la présente loi ou de ses arrêtes d'exécution.*
>
> *3° absence de certification du gestionnaire du réseau en application des procédures prévues aux § § 2ter et 2quater du présent article.*
>
> *Le ministre ne peut révoquer l'arrêté ministériel de désignation du gestionnaire du réseau qu'après avis de la commission et après avoir entendu le gestionnaire du réseau.*
>
> *Cinq ans avant l'expiration de son mandat, le gestionnaire du réseau peut demander le renouvellement de sa désignation.*
>
> *[...]*

§ 2ter. La commission veille au respect constant par le gestionnaire du réseau des exigences prévues aux articles 9 à 9ter. Elle ouvre une procédure de certification à cet effet :

a) lorsqu'un candidat gestionnaire du réseau en fait la demande à la commission ;

b) en cas de notification de la part du gestionnaire du réseau en application du § 2bis ;

c) de sa propre initiative, lorsqu'elle a connaissance du fait qu'une modification prévue des pouvoirs ou de l'influence exercée sur le gestionnaire du réseau risque d'entraîner une infraction aux dispositions des articles 9 à 9ter, ou lorsqu'elle a des motifs de croire qu'une telle infraction a pu être commise ; ou

d) sur demande motivée de la Commission européenne.

La commission informe le ministre de l'ouverture d'une procédure de certification ainsi que le gestionnaire du réseau lorsqu'elle agit de sa propre initiative ou sur demande motivée de la Commission européenne.

La demande de certification d'un candidat gestionnaire du réseau ainsi que la notification d'un gestionnaire du réseau visée à l'alinéa 1er, b), s'effectue par lettre recommandée avec accusé de réception et mentionne toutes les informations utiles et nécessaires. Le cas échéant, la commission demande au candidat gestionnaire du réseau ou au gestionnaire du réseau de transmettre des informations complémentaires dans un délai de trente jours à compter de la demande.

Lorsqu'elle agit de sa propre initiative ou sur demande motivée de la Commission européenne, la commission mentionne dans son courrier les manquements présumés aux dispositions prévues par les articles 9 à 9ter ou relaye la motivation de la Commission européenne.

Après avoir le cas échéant invité le gestionnaire du réseau à répondre, dans un délai de trente jours ouvrables, aux manquements qu'elle présume ou à la motivation de la Commission européenne, la commission arrête un projet de décision sur la certification du gestionnaire du réseau dans les quatre mois qui suivent la date de la demande du candidat gestionnaire de réseau, la date de la notification du gestionnaire du réseau, la date où elle a informé le ministre, lorsqu'elle agit de sa propre initiative, ou la date de la demande de la Commission européenne. La certification est réputée accordée à l'issue de cette période. Le projet de décision explicite ou tacite de la commission ne devient définitif qu'après la conclusion de la procédure définie aux alinéas 6 à 9.

La commission notifie sans délai à la Commission européenne son projet de décision explicite ou tacite relative à la certification du gestionnaire du réseau, accompagné de toutes les informations utiles relatives à ce projet de décision. La Commission européenne rend un avis conformément à la procédure prévue à l'article 3 du Règlement (CE) n° 714/2009.

Après avoir réceptionné l'avis explicite ou tacite de la Commission européenne, la commission rend et communique au ministre, dans les plus brefs délais et au plus tard dans le mois de l'avis de la Commission européenne, sa décision définitive de certification, motivée en ce qui concerne le respect des exigences des articles 9 à 9ter. La commission tient le plus grand compte dans sa décision de l'avis de la Commission européenne. La décision de la commission et l'avis de la Commission européenne sont publiés ensemble au Moniteur belge.

La procédure de certification susvisée devient caduque lorsque :

a) la transaction notifiée à la commission en application du § 2bis est abandonnée ; ou

b) le gestionnaire du réseau remédie aux manquements ayant donné lieu au lancement de la procédure de certification par la commission et/ou la Commission européenne.

La commission et la Commission européenne peuvent exiger du gestionnaire du réseau et des entreprises actives dans la production et/ou la fourniture d'électricité, toutes informations utiles à l'accomplissement de leurs tâches en application du présent paragraphe. Elles veillent à préserver la confidentialité des informations commercialement sensibles.

Il convient de rappeler en particulier la réserve formulée au point 8 ci-dessus concernant la transposition correcte et conforme du troisième paquet énergie dans la loi électricité, également à la lumière du recours déposé par la CREG auprès de la Cour constitutionnelle en annulation d'une série de dispositions de la loi du 8 janvier 2012 ainsi que de la plainte qu'elle a déposée à ce sujet auprès de la Commission européenne.

2.2. Dissociation du gestionnaire de réseau de transport

10. Les dispositions par le biais desquelles le législateur belge visait à transposer, aux termes de la loi du 8 janvier 2012, selon l'exposé des motifs de cette loi, les dispositions de l'article 9 de la troisième directive électricité relatif à la dissociation intégrale des structures de propriété ("*full ownership unbundling*"), sont reprises aux articles 9 et 9bis de la loi électricité. Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

Article 9, §1er, alinéas 2 à 6 inclus de la loi électricité :

"Le gestionnaire du réseau ne peut détenir, directement ou indirectement, des droits d'associé, quelle qu'en soit la forme, dans des producteurs, distributeurs, fournisseurs et intermédiaires ainsi que dans des entreprises de gaz naturel telles que définies par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations. [...]

Les entreprises d'électricité et/ou de gaz naturel, telles que définies par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, ne peuvent détenir seules ou conjointement, directement ou indirectement, aucune part du capital du gestionnaire du réseau ni aucune action du gestionnaire du réseau. Les actions de ces entreprises ne peuvent être assorties d'un droit de vote.

Les statuts du gestionnaire du réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel.

Les entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel ne peuvent désigner les membres du comité d'administration, du comité de direction, du comité de gouvernance d'entreprise, du comité d'audit, du comité de rémunération et de tout autre organe représentant légalement le gestionnaire du réseau.

Une même personne physique n'est pas autorisée à être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, et simultanément d'une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité et du gestionnaire du réseau de transport d'électricité.

Article 9bis, §1er, alinéas 3 et 4 de la loi électricité :

"Les titres éventuellement détenus par des entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel, ne sont pas assortis de droit de vote.

Les statuts des filiales du gestionnaire du réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel."

Il convient aussi de rappeler en particulier la réserve formulée au point 8 ci-dessus concernant la transposition correcte et conforme du troisième paquet énergie dans la loi électricité, également à la lumière du recours déposé par la CREG auprès de la Cour constitutionnelle en annulation d'une série de dispositions de la loi du 8 janvier 2012 ainsi que de la plainte qu'elle a déposée à ce sujet auprès de la Commission européenne.

3. La base juridique de la présente décision et les exigences de dissociation applicables

3.1. Préalable : primauté et effet utile du droit de l'Union

11. La non-conformité aux dispositions de la troisième directive électricité et du règlement 714/2009 d'une série de dispositions de la loi électricité relatives à la certification a des conséquences pour la présente décision.

Plus particulièrement, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, la CREG a pour obligation d'écarter l'application des dispositions nationales contraires au droit européen[2]. Tout organe revêtu de la puissance publique a en effet une responsabilité

[2] Cour de Justice, 22 juin 1989, Fratelli Constanzo, 103/88, Jur. 1989, 1839 ; la CREG est une entité chargée de l'exécution d'un service d'intérêt général, placée sous la surveillance étroite des autorités et disposant de compétences particulières.

propre dans l'application correcte du droit européen dans la sphère de ses compétences. C'est le cas de la CREG en tant qu'autorité administrative[3].

Cet effet n'est aucunement limité aux dispositions d'un règlement (lesquelles sont directement applicables), mais se rapporte aussi aux dispositions d'une directive qui sont claires, inconditionnelles et suffisamment précises, et sont donc également directement applicables. Ceci est incontestablement le cas s'agissant des articles 9.1. à 9.3. et 10 de la troisième directive électricité précités (cf. point 6).

Le principe de la primauté du droit de l'Union a pour conséquence qu'un particulier peut directement invoquer une règle du droit de l'Union ayant effet direct, avec pour conséquence que les règles de droit nationales qui y sont contraires doivent être écartées[4].

12. La jurisprudence de la Cour de Justice insiste en outre sur le fait que tout doit être mis en œuvre pour réaliser l'*"effet utile"* du droit européen. Toute autorité est tenue, dans la mesure du possible, de viser une interprétation de la législation nationale conforme à la directive[5]. Le cas échéant, la CREG devra donner, dans la mesure du possible, une interprétation de la loi électricité conforme à la directive.

3.2. Base juridique de la certification de la S.A. Elia System Operator et les exigences de dissociation auxquelles elle est confrontée

13. Le 11 avril 2012, ESO a soumis un dossier à la CREG en vue de l'obtention d'une certification en tant que gestionnaire du réseau de transport sur la base du document de la Commission européenne *"Questionnaire certification of TSOs – FORM OU"*, ainsi que des pièces jointes, en application de l'article 10, §2ter de la loi électricité. ESO affirme en outre demander cette certification "en sa qualité de gestionnaire de réseau désigné".

---

[3] Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice que les notions d'"Etat" ou d'"autorité" doivent être interprétées largement. Selon la Cour, il convient d'entendre par là : "en tout état de cause, (...) un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers."

[4] Cour de Justice, 14 janvier 2010, AGIM et autres/Etat belge, C-471/07 et C-472/07, Jur., 2010, I-00113.

[5] Cour de Justice, 10 avril 1984, *Von Colson en Kamann*, 14/83, Jur., 1984,1891, où il est expressément stipulé que l'interprétation conforme à la directive est applicable non seulement aux juges, mais aussi à "toutes les autorités".

14. Comme la CREG l'a indiqué à ESO dans les échanges de courriers qui ont précédé la présente décision, cette demande de certification est traitée par la CREG en vertu de l'article 10, §2ter, a) de la loi électricité. En l'espèce, cette base juridique est, en vertu de la loi électricité, en effet le seul moyen pour ESO d'obtenir une certification initiale de la CREG qui soit conforme aux nouvelles exigences de dissociation et de certification du troisième paquet énergie.

Conformément aux articles 10.1. et 10.2 de la troisième directive électricité, tout (candidat) gestionnaire du réseau de transport est en effet tenu d'obtenir, avant sa désignation, une certification initiale de l'autorité de régulation nationale attestant de la conformité avec les exigences de l'article 9 de cette directive, et en l'espèce avec toutes les exigences qui font partie du régime de "dissociation intégrale des structures de propriété", qui a été retenu par le législateur belge comme régime de dissociation.

A ce sujet, la CREG renvoie à la note interprétative de la Commission européenne concernant le régime de dissociation[6], laquelle stipule entre autres :

> *"A TSO can only be approved and designated as a TSO following the certification procedure laid down in Article 10 Electricity and Gas Directives in combination with the provisions of Article 3 Electricity and Gas Regulations. These rules must be applied to all TSOs for their initial certification, and subsequently at any time when a reassessment of a TSO's compliance with the unbundling rules is required" (soulignage ajouté).*

Comme en pratique le réseau de transport doit toujours être géré, ce qui précède ne porte pas atteinte à la désignation existante d'ESO par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 en tant que gestionnaire du réseau de transport belge d'électricité pour une période de 20 ans (laquelle n'a pas été abrogée). Cette désignation d'ESO était une obligation des Etats membres qui découlait de la directive 96/92/CE Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Cette première directive électricité a toutefois été abrogée par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, qui à son tour a été abrogée en application de l'article 48 de la troisième directive électricité.

Comme expliqué ci-dessus, il ressort de l'article 10 de la troisième directive électricité que la certification d'un TSO ou la constatation qu'un TSO répond aux exigences de dissociation (telles qu'elles figurent à l'article 9 de la troisième directive électricité) constitue une

[6] Commission staff working paper, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/ concerning common rules for the internal market in natural gas, "the unbundling regime", 22 janvier 2010.

condition *sine qua non* à la désignation d'un TSO par un Etat membre, mais aussi que la constatation selon laquelle un TSO répond aux exigences de dissociation ne peut se faire que moyennant l'intervention d'une NRA. L'article 3 du règlement 714/2009, qui détermine les compétences de la Commission européenne, de l'ACER et de la NRA dans le cadre de la procédure de certification, peut être évoqué à cet effet également.

Il découle de ce qui précède que le fait qu'ESO ait été désignée gestionnaire du réseau de transport belge par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 ne la dispense pas de l'obligation de démontrer, dans le cadre de la procédure de certification, qu'elle répond aux nouvelles exigences de dissociation introduites dans le cadre du troisième paquet énergie.

Dans un souci d'exhaustivité, il convient de souligner à ce propos que, compte tenu de ce qui précède, la "*grandfathering-clause"* contenue à l'article 10, §1er, de la loi électricité en vertu de laquelle "*le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel définitivement désigné avant la publication de la loi du 8 janvier 2012 […]*" est légalement "*réputé certifié*", est contraire aux articles 9 et 10 de la troisième directive électricité et à l'article 3 du règlement 714/2009. La loi ne peut instituer une présomption de respect des exigences de dissociation. Une décision formelle de la NRA est en effet toujours requise. Cette contrariété a aussi été confirmée, pour autant que de besoin, à la fois par la Commission européenne[7] et par la section de législation du Conseil d'Etat[8] dans leurs avis relatifs au projet de loi du 8 janvier 2012 et a également fait l'objet du recours précité en annulation auprès de la Cour constitutionnelle et de la plainte déposée auprès de la Commission européenne. La CREG émet dès lors toute réserve.

15. En ce qui concerne les exigences de dissociation au regard desquelles il convient d'effectuer l'examen, l'article 10, §2ter de la loi électricité renvoie aux exigences de dissociation intégrale des structures de propriété prévues aux articles 9 et 9bis de cette loi. En vertu de l'obligation de transposition qui repose sur le législateur belge, ces dernières dispositions devraient refléter les exigences de dissociation prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité.

Toutefois, comme indiqué ci-dessus (cf. point 8), il convient de constater que les conditions de dissociation prévues aux articles 9 et 9bis de la loi électricité ne constituent pas une

---

[7] Voir le rapport fait au nom de la Commission de l'Economie, de la Politique scientifique, de l'Education, des Institutions scientifiques et culturelles nationales, des Classes moyennes et de l'Agriculture du projet de loi du 8 janvier 2012 *Doc. parl., Chambre, session 2010-2011, n° 53-1725/008, p. 46.*

[8] Voir l'exposé des motifs de la loi du 12 janvier 2008. *Doc. parl., Chambre, session 2010-2011, n° 53-1725/001, p. 279-280.*

transposition intégrale conforme des conditions de dissociation prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité et ce sur un certain nombre de points.

Le cas échéant, la CREG est tenue en tant qu'autorité administrative de donner, dans la mesure du possible, une interprétation conforme à la directive de ces dispositions de la loi électricité, afin de parvenir à donner un effet utile à l'article 9 de la troisième directive électricité. En ce que les dispositions des articles 9 et 9bis de la loi électricité sont contraires aux dispositions de l'article 9 de la troisième directive électricité (qui remplissent les conditions pour avoir un effet direct), la CREG est tenue, en vertu de la primauté du droit de l'Union, d'écarter l'application de ces dispositions de la loi électricité.

La CREG y est d'autant plus contrainte conformément à l'article 3 du règlement 714/2009, qui prévoit que la Commission européenne vérifie si le projet de décision de la NRA relatif à la demande de certification est compatible avec l'article 9 de la troisième directive électricité. Comme mentionné précédemment, la NRA est tenue dans sa décision définitive de certification de tenir le plus grand compte de l'avis de la Commission européenne. La CREG est ainsi tenue de prendre en compte les dispositions de l'article 9 de la troisième directive électricité lors du contrôle de son respect dans le cadre de la demande de certification d'ESO. Cela est confirmé par l'article 10.2 de la troisième directive électricité qui prévoit que la NRA doit certifier que le gestionnaire du réseau de transport s'est conformé aux exigences prévues à l'article 9 de cette directive.

La CREG constate en outre qu'ESO a soumis dans sa lettre du 11 avril 2012 sa demande de certification "*en vue de la certification, sur la base du FORM OU complété*" [traduction libre]. Ce dossier de certification renvoie à chaque fois expressément aux différentes exigences de la dissociation intégrale des structures de propriété telles que reprises à l'article 9 de la troisième directive électricité.

Ainsi, en soumettant le dossier de certification, ESO demande de pouvoir bénéficier des dispositions précitées de la troisième directive électricité (lesquelles remplissent les conditions pour avoir un effet direct - voir point 11) à son profit, et demande en fait (même implicitement) d'obtenir une certification sur la base des articles précités de la troisième directive électricité et conformément à ceux-ci.

Au vu de ce qui précède, la CREG vérifiera dès lors dans la présente décision si la S.A. Elia System Operator répond, sur le plan du contenu, aux exigences relatives à la dissociation intégrale des structures de propriété comprises aux articles 9.1 à 9.3 inclus de la troisième directive électricité (et aux articles 9 et 9bis de la loi électricité <u>pour autant</u> qu'ils soient

conformes aux dispositions précitées de la troisième directive électricité ou puissent être interprétés conformément à celles-ci), et ce, sur la base du dossier de certification soumis le 11 avril 2012 et des réponses et informations complémentaires fournies par ESO, ses actionnaires et d'autres parties sollicitées par la CREG.

II. ANTECEDENTS

16. En octobre 2011, la CREG a pris l'initiative d'entamer la préparation informelle du dossier de certification d'ESO, compte tenu de l'approche de l'échéance de la certification et de la désignation des gestionnaires de réseau de transport prévues dans la troisième directive électricité d'une part, ainsi que du retard pris par la transposition dans la législation belge, d'autre part.

Fin 2011, début 2012, des discussions préparatoires informelles avec ESO ont été organisées à ce sujet par la CREG. De plus, des textes préparatoires et des notes ont été échangés dans ce cadre, et la CREG a déjà formulé une série de remarques et a posé des questions spécifiques à ESO.

17. Dans l'intervalle, la nouvelle loi de transposition belge a été publiée au Moniteur belge le 11 janvier 2012. Cette loi est entrée en vigueur le 21 janvier 2012.

18. Le 2 mars 2012, la CREG a envoyé à ESO une lettre par porteur avec accusé de réception, dans laquelle elle insiste sur le fait que les gestionnaires de réseau de transport doivent satisfaire aux dispositions de l'article 9 de la troisième directive électricité avant la date du 3 mars 2012 et qu'elle a déjà entamé une préparation informelle à ce sujet à l'automne 2011 pour la certification d'ESO. Tenant compte de la transposition tardive du troisième paquet énergie dans l'ordre juridique national belge, la CREG a demandé à ESO de soumettre dans les deux mois un dossier en vue de sa certification en tant que gestionnaire du réseau de transport d'électricité.

Le 16 mars 2012, ESO a transmis à la CREG une lettre par porteur avec accusé de réception, dans laquelle elle pose entre autres deux questions, une première sur le déroulement de la procédure formelle et une deuxième sur le traitement des raccordements.

Le 30 mars 2012, la CREG a transmis à ESO une lettre par porteur avec accusé de réception (datée du 29 mars 2012), dans laquelle elle répond aux questions posées par ESO dans sa lettre du 16 mars 2012.

19. Le 11 avril 2012, ESO a soumis formellement à la CREG le dossier de certification par porteur avec accusé de réception. Par lettre du 19 avril 2012, la CREG a accusé réception du dossier de certification d'ESO et a informé monsieur le secrétaire d'Etat à

l'Environnement, à l'Energie, à la Mobilité et aux Réformes institutionnelles de la demande de certification d'ESO.

20. Il ressortait d'une première vérification du dossier de certification transmis par ESO que, concernant un certain nombre d'aspects, des informations étaient manquantes ou que certaines informations n'étaient pas à jour.

Le 14 mai 2012, la CREG a envoyé une lettre par porteur avec accusé de réception à ESO, laquelle comportait un certain nombre de questions visant à compléter ou mettre à jour les informations fournies dans le dossier de certification (premier questionnaire).

Le 13 juin 2012, ESO a transmis à la CREG par porteur avec accusé de réception des informations complémentaires relatives aux questions posées dans la lettre du 14 mai 2012.

21. Il ressortait d'une vérification ultérieure du dossier de certification transmis par ESO que des informations étaient toujours manquantes et/ou devaient être complétées concernant un certain nombre de points.

Le 14 juin 2012, la CREG a adressé une lettre par porteur avec accusé de réception à ESO, laquelle comportait un certain nombre de questions visant à compléter les informations fournies dans le dossier de certification (deuxième questionnaire).

Le 29 juin 2012, ESO a transmis à la CREG par porteur avec accusé de réception des informations complémentaires en réponse au deuxième questionnaire. En annexe de cette lettre, ESO a inséré une version actualisée de ses réponses au "*Questionnaire certification of TSOs – FORM OU*".

Le 16 juillet 2012, ESO a transmis par e-mail et en partie par porteur avec accusé de réception à la CREG des informations complémentaires relatives au dossier de certification.

22. Le 20 juillet 2012, la CREG a envoyé une lettre recommandée à la S.A. EDF Luminus demandant de fournir certaines informations concernant le contrôle que peuvent exercer les actionnaires sur la S.A. EDF Luminus.

En réponse à cette lettre, la S.A. EDF Luminus a transmis à la CREG le 30 juillet 2012 des informations relatives à ses actionnaires.

23. Le 10 août 2012, la CREG a porté à la connaissance de la Commission européenne son Projet de décision du 1er août 2012 relative à la demande de certification de la

S.A. Elia System Operator formulée le 11 avril 2012 ("Projet de décision"), en vue d'obtenir l'avis de la Commission européenne, conformément à l'article 10.6 de la troisième directive électricité 2009/72/CE du 13 juillet 2009, l'article 3 du règlement 714/2009/CE du 13 juillet 2009 et l'article 10, § 2ter, de la loi électricité.

Le 10 août 2012, la CREG a également transmis une version adaptée du Projet de décision à la S.A. Elia System Operator. Dans cette version, spécialement destinée à ESO, un nombre limité de passages contenant des informations communiquées par des tiers et considérées comme confidentielles a été supprimé.

24. En outre, la CREG a envoyé des courriers recommandés à la S.A. C-Power, la S.A. C-Power Holdco et Power@Sea S.A. en date du 31 août 2012 dans lesquels elle leur a demandé de plus amples informations concernant leur actionnariat et leurs administrateurs.

En réponse à ces courriers, les entreprises concernées ont adressé à la CREG les renseignements demandés relatifs à leur actionnariat et leurs administrateurs le 10 septembre 2012.

25. A la demande d'ESO, une réunion s'est tenue le 12 septembre 2012 à la Commission européenne en présence de la CREG. Au cours de cette réunion, ESO ainsi que les conseils de certains actionnaires d'ESO (notamment de Publi-T et de Publipart) ont souhaité communiquer des informations et des renseignements complémentaires concernant certaines remarques formulées par la CREG dans le Projet de décision.

26. Par le biais de courriers du 19 septembre 2012 et du 25 septembre 2012, ESO a ensuite transmis à la Commission européenne des informations supplémentaires concernant plusieurs points soulevés dans le Projet de décision de la CREG. ESO a également remis à la CREG une copie de ces deux courriers ainsi que tous les documents y relatifs contenant des informations supplémentaires.

27. Le 9 octobre 2012, la Commission européenne a communiqué à la CREG son avis concernant la certification de la S.A. Elia System Operator, daté du 8 octobre 2012, conformément à l'article 3, alinéa 1er, du Règlement 714/2009 et à l'article 10.6 de la troisième directive électricité (ci-après : "l'Avis de la Commission européenne").

Dans cet avis, la Commission européenne approuve entre autres la remarque formulée dans le Projet de décision de la CREG selon laquelle ESO (et ses actionnaires) doi(ven)t encore

transmettre des informations complémentaires concernant plusieurs points avant que la certification ne puisse être attribuée.

La Commission européenne marque notamment son accord avec le point de vue de la CREG selon lequel "*il convient d'obtenir de plus amples informations concernant les personnes exerçant un contrôle ou un pouvoir sur des entreprises exerçant à leur tour un certain contrôle ou un pouvoir sur Elia* [ESO]*. La Commission* [européenne] *souligne que, conformément à l'articler 9, alinéa 1er, point b), i), de la directive électricité, une ou plusieurs mêmes personnes n'ont pas le droit d'exercer un contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant l'une des fonctions de production ou de fourniture, et d'exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport. Il ressort clairement du texte que les personnes exerçant indirectement un pouvoir sur un GRT, notamment par le biais des actionnaires de ce GRT, relèvent également du champ d'application de l'article 9, alinéa 1er, point b), i) de la directive électricité. Toute autre interprétation permettrait de contourner les règles de dissociation, plus particulièrement par la création de filiales.*"[9] [traduction libre]

La Commission européenne remarque que dans ce cas "*il* [est] *donc important d'évaluer les participations des personnes exerçant* indirectement *un pouvoir dans un GRT, au sein d'entreprises assurant l'une des fonctions de production ou de fourniture d'électricité ou de gaz.*"[10] [traduction libre]

En outre, la Commission européenne déclare ce qui suit : "*lorsqu'un membre d'un conseil d'administration d'Elia est également membre ou membre délégué du conseil d'administration de certaines sociétés holding qui semblent avoir des participations dans des entreprises actives dans des secteurs de production et/ou de fourniture d'électricité, un examen ponctuel des faits pertinents* [est] *indispensable afin de vérifier si les règles de dissociation de l'article 9, alinéa 1er, points b), c) et d) sont respectées. Un tel examen est*

---

[9] Traduction libre de : "*dat extra informatie moet worden verkregen over de personen die zeggenschap uitoefenen over of rechten uitoefenen in ondernemingen die zeggenschap uitoefenen over of rechten uitoefenen in Elia* [ESO]*. De* [Europese] *Commissie onderstreept dat bij artikel 9, lid 1, punt b), onder i), van de elektriciteitsrichtlijn dezelfde persoon of personen niet het recht hebben om direct of indirect zeggenschap uit te oefenen over een bedrijf dat één van de functies van productie of levering uitvoert, en direct of indirect zeggenschap uit te oefenen of enig recht uit te oefenen over een transmissiesysteembeheerder of een transmissiesysteem. Uit de tekst blijkt duidelijk dat ook de personen die op indirecte wijze rechten uitoefenen in een TSB, met name via de aandeelhouders van die TSB, onder het toepassingsgebied vallen van artikel 9, lid 1, punt b), onder i), van de elektriciteitsrichtlijn. Elke andere interpretatie zou het mogelijk maken de ontvlechtingsregels te omzeilen, meer bepaald door dochterondernemingen op te richten.*"

[10] Traduction libre de : "*derhalve relevant* [is] *een evaluatie te maken van de participaties van personen die op* indirecte *wijze rechten uitoefenen in een TSB, in ondernemingen die één van de functies van productie of levering van elektriciteit of gas uitvoeren.*"

également nécessaire lorsque la société holding concernée n'exerce pas elle-même l'activité de production ou de fourniture, mais pourrait avoir un contrôle dans des filiales qui exercent de telles activités. La Commission rappelle que les règles de dissociation visent à éliminer tout motif pour un gestionnaire du réseau de transport de favoriser certains intérêts de production ou de fourniture en matière d'accès à et d'investissements dans le réseau, au détriment d'autres utilisateurs du réseau. La Commission demande à la CREG de poursuivre l'examen des situations mentionnées ci-dessus sur la base des informations complémentaires communiquées par Elia, compte tenu du rôle et de l'influence du membre du conseil d'administration dans les sociétés holding concernées ainsi que du degré de contrôle ou d'influence des sociétés holding visées sur ou dans leurs filiales."[11] [traduction libre]

"*La Commission partage également l'avis de la CREG selon lequel la pleine clarté sur le degré de contrôle d'Elia* [ESO] *dans sa filiale Elia Asset, le propriétaire juridique des actifs de transport, constitue une condition préalable à la certification conformément au modèle de dissociation de la propriété. A ce sujet, la Commission remarque qu'une structure dans laquelle le réseau n'appartient pas directement à un GRT ayant choisi le modèle de dissociation de la propriété, ne constitue en soi pas un obstacle à la certification tant qu'il est possible de prouver que le GRT exerce un contrôle absolu sur sa filiale*[12]*. Dans le cas présent, il convient de noter qu'Elia* [ESO] *détient toutes les actions d'Elia Asset, à l'exception d'une action spécifique à laquelle sont attachés certains droits de véto et qui est détenue par Publi-T, l'actionnaire avec contrôle sur Elia* [ESO]*. La Commission partage le point de vue de la CREG qui estime que le fait que cette action spécifique dans Elia Asset soit détenue par Publi-T et non par Elia* [ESO]*, même si certains droits de véto y sont liés,*

---

[11] Traduction libre de : "*een lid van de raad van bestuur van Elia eveneens lid of afgevaardigd lid is van de raad van bestuur van bepaalde holdingmaatschappijen die deelnemingen lijken te hebben in ondernemingen welke actief zijn op het gebied van opwekking en/of levering van elektriciteit, een gericht onderzoek van de relevante feiten noodzakelijk* [is] *om na te gaan of aan de ontvlechtingsregels van artikel 9, lid 1, onder b), c), en d), is voldaan. Een dergelijk onderzoek is ook noodzakelijk in situaties waarin de desbetreffende holdingmaatschappij de opwekkings- of leveringsactiviteit niet zelf uitvoert, maar zeggenschap zou kunnen hebben over dochterondernemingen die dergelijke activiteiten uitvoeren. De Commissie herinnert eraan dat het doel van de ontvlechtingsregels is elke drijfveer voor een transmissiesysteembeheerder weg te nemen om bepaalde opwekkings- of leveringsbelangen te begunstigen ten nadele van andere netwerkgebruikers wat de toegang tot en investeringen in het netwerk betreft. De Commissie verzoekt de CREG om de hierboven genoemde situaties verder te onderzoeken op basis van de aanvullende door Elia verstrekte informatie, rekening houdend met de rol en invloed die het lid van de raad van bestuur heeft in de betrokken holdingmaatschappijen, en met de mate van zeggenschap of invloed van bedoelde holdingmaatschappijen over/op hun dochterbedrijven."*

[12] Voir également l'avis de la Commission du 9 janvier 2012 conformément à l'article 3, alinéa 1er, du Règlement (CE) n° 714/2009 et à l'article 10, alinéa 6, de la Directive 2009/72/CE – Danemark – Certification d'Energienet.dk (électricité)

http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/certification/2012_007_dk_en.pdf

n'empêche pas la certification, dans la mesure où Publi-T est quoi qu'il en soit l'actionnaire avec contrôle sur Elia [ESO]*. La Commission souligne toutefois que si la certification a lieu et que la structure de l'actionnariat d'Elia est modifiée ultérieurement, la CREG devra à nouveau évaluer l'effet lié au fait que Publi-T conserve cette action spécifique d'Elia à la lumière de l'article 9, alinéa 1er, point a), de la directive électricité."*[13] [traduction libre]

Enfin, la Commission européenne espère dans son Avis que la CREG pourra réaliser sur la base de ce qui précède une révision de sa décision, le cas échéant en formulant certaines conditions.

28. Le 10 octobre 2012, la CREG a remis cet Avis de la Commission européenne pour information à ESO et lui a demandé de lui transmettre sans délai et au plus tard le 24 octobre 2012 toutes les informations complémentaires nécessaires (complètes et claires) afin de pouvoir poursuivre l'examen demandé dans le cadre de cet avis et de pouvoir rédiger une décision finale relative à la certification dans les délais impartis.

29. Entre le 24 octobre 2012 et le 22 novembre 2012, ESO et le conseil des actionnaires Publi-T/Publipart ont transmis à la CREG des informations complémentaires par e-mails et par courriers.

30. Le 16 novembre 2012, la CREG a transmis un courrier à ESO dans lelquel elle demande que cette dernière s'engage à adapter plusieurs documents de société afin de garantir le contrôle absolu d'ESO sur la S.A. Elia Asset et de les rendre entièrement

---

[13] Traduction libre de : "*De Commissie is het ook met de CREG eens dat volledige duidelijkheid in verband met de mate van zeggenschap die Elia* [ESO] *heeft over haar dochteronderneming Elia Asset - de juridische eigenaar van de transmissieactiva - een voorafgaande voorwaarde is voor certificering overeenkomstig het model van ontvlechting van de eigendom. De Commissie merkt in dat verband op dat een structuur waarin het netwerk niet direct eigendom is van een TSB die gekozen heeft voor het model van ontvlechting van de eigendom, maar van een dochteronderneming van deze TSB, op zich geen belemmering voor certificering vormt zolang kan worden aangetoond dat de TSB volledige zeggenschap heeft over zijn dochteronderneming*[13]*. In het huidige geval wordt opgemerkt dat Elia* [ESO] *alle aandelen bezit van Elia Asset met uitzondering van één specifiek aandeel waaraan bepaalde vetorechten zijn verbonden en dat in het bezit is van Publi-T, de aandeelhouder met zeggenschap over Elia* [ESO]*. De Commissie stemt in met het standpunt van de CREG dat in het onderhavige geval het feit dat dit specifieke aandeel in Elia Asset in het bezit is van Publi-T en niet van Elia* [ESO]*, zelfs al zijn daaraan bepaalde vetorechten gehecht, geen belemmering vormt voor certificering aangezien Publi-T hoe dan ook de aandeelhouder is met zeggenschap over Elia* [ESO]*. De Commissie beklemtoont echter dat indien certificering wordt verleend en de aandeelhouderstructuur van Elia daarna wordt gewijzigd, de CREG het effect van het aanhouden door Publi-T van dit specifieke Elia-aandeel opnieuw moet evalueren in het licht van artikel 9, lid 1, onder a), van de elektriciteitsrichtlijn."*

conformes aux exigences de dissociation de propriété prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité.

31. Enfin, ESO s'est engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à adapter plusieurs points des statuts d'ESO et d'Elia Asset afin de les rendre conformes aux exigences de dissociation de propriété prévues dans la troisième directive électricité ainsi que d'adapter tous les documents de société, en ce compris l'accord de société interne entre ESO et Elia Asset, afin de clarifier le contrôle d'ESO sur Elia Asset.

III. EXAMEN DE LA DEMANDE

32. Ci-après, la CREG examine la demande de la S.A. Elia System Operator d'être certifiée conformément au modèle de dissociation intégrale des structures de propriété ("*full ownership unbundling*").

33. Les conditions cumulatives pour satisfaire aux exigences de dissociation intégrale des structures de propriété, conformément à la troisième directive électricité, portent sur :

(a) la propriété du réseau et l'intervention en tant que gestionnaire du réseau de transport ;

(b) les mesures d'interdiction relatives au contrôle croisé et au pouvoir sur un gestionnaire de réseau de transport d'une part et sur des entreprises exerçant des activités de production et/ou de fourniture (électricité et/ou gaz naturel, y compris GNL) d'autre part ;

(c) les mesures d'interdiction relatives au droit de désigner les membres du conseil d'administration du gestionnaire du réseau ou des organes qui représentent légalement le gestionnaire du réseau et au contrôle ou à un quelconque pouvoir simultané sur des entreprises assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture ;

(d) les mesures d'interdiction relatives à l'appartenance simultanée au conseil d'administration ou aux organes représentant légalement l'entreprise du gestionnaire du réseau et aux organes des entreprises exerçant des activités de production et/ou de fourniture.

1. Propriété du réseau dans le chef du TSO (art. 9.1.a) de la troisième directive électricité)

34. L'article 9, 1°, a) de la troisième directive électricité comporte l'obligation pour le gestionnaire du réseau de transport d'être propriétaire du réseau de transport. Cela découle de :

- la formulation de l'article 9, 1°, a) de la troisième directive électricité ("*chaque entreprise qui possède un réseau de transport agisse en qualité de gestionnaire de réseau de transport*") ;

- la *ratio legis* de la troisième directive électricité : la séparation patrimoniale entre le gestionnaire du réseau de transport en tant que propriétaire du réseau de transport d'une part et les producteurs et fournisseurs d'autre part, doit améliorer le fonctionnement du marché de l'électricité libéralisé[14] ;

- l'avis du Conseil d'Etat du 31 mai 2011 relatif à la transposition en droit belge de la directive 2009/72/CE[15].

35. La note interprétative de la Commission européenne concernant le régime de dissociation[16] stipule à ce sujet :

> *"Under paragraph 1(a), each undertaking which owns a transmission system is required to act as a TSO. Compliance with ownership unbundling means that the undertaking which is the owner of the transmission system also acts as the TSO, and is as a consequence responsible among other things for granting and managing third-party access on a non-discriminatory basis to system users, collecting access charges, congestion charges, and payments under the inter-TSO compensation mechanism, and maintaining and developing the network system. As regards investments, the owner of the transmission system is responsible for ensuring the long-term ability of the system to meet reasonable demand through investment planning."*

36. La CREG constate que la loi électricité ne comporte pas de disposition explicite qui oblige le propriétaire du réseau de transport à agir en tant que gestionnaire de réseau, ou, à

---

[14] Voir également le considérant 11 de la troisième directive électricité : *"[…] La dissociation des structures de propriété, qui implique que le propriétaire du réseau soit désigné comme gestionnaire de réseau et qu'il soit indépendant des structures de fourniture et de production, est clairement un moyen efficace et stable de résoudre le conflit d'intérêts intrinsèque et d'assurer la sécurité de l'approvisionnement. […]"* (soulignage ajouté).

[15] *Doc. parl., Chambre, session 2010-2011, n° 53-1725/001, p. 275.*

[16] Commission staff working paper, Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, "the unbundling regime", p. 8.

l'inverse, qui oblige chaque gestionnaire de réseau à être propriétaire du réseau de transport. Vu cependant l'intention explicite du législateur belge d'appliquer le modèle de *"full ownership unbundling"* en Belgique et l'obligation de la CREG de certifier que les entreprises propriétaires d'un réseau de transport se conforment à l'article 9 de la troisième directive électricité (article 10.2 de cette directive), la CREG est tenue d'examiner dans ce cas si ESO répond à la condition prévue à l'article 9.1.a) de la troisième directive électricité.

1.1. Etendue du réseau de transport et propriété des installations de raccordement

37. Dans le dossier de demande, la S.A. Elia System Operator affirme qu'elle est actuellement propriétaire à 100 % du réseau de transport (réseaux d'électricité publics en Belgique d'une tension de fonctionnement nominale de 380, 220 et 150 kV) (à savoir via sa filiale, la S.A. Elia Asset - voir à ce propos le titre 1.2 de la présente partie). Elle indique en outre être propriétaire d'une grande partie des raccordements au réseau de transport. Elle n'est toutefois pas propriétaire d'un nombre limité de longues jonctions de raccordement.

38. Un raccordement est défini dans le règlement technique fédéral, établi sur la base de l'article 11 de la loi électricité, comme l'équipement nécessaire afin de relier les installations de l'utilisateur du réseau au réseau. Le raccordement est situé entre le point de raccordement (la localisation physique et le niveau de tension du point où le raccordement est connecté au réseau et qui sépare le réseau de transport des installations dont le déclenchement n'a d'effets que sur l'utilisateur du réseau raccordé à ce point)[17] et le point d'interface (la localisation physique et le niveau de tension du point où les installations d'un utilisateur du réseau sont connectées au raccordement. Ce point se situe sur le site de l'utilisateur du réseau et en tout cas après la première travée de raccordement au départ du réseau côté utilisateur)[18].

Dans le cadre de la procédure de certification, une discussion s'est tenue entre ESO et la CREG concernant la propriété des installations de raccordement. ESO estime que les raccordements ne font pas partie du réseau de transport, alors que la CREG estime qu'ils doivent être considérés comme une partie du réseau de transport. Le point de vue de la CREG aurait pour conséquence qu'ESO devrait acquérir les installations de raccordement dont elle n'est pas propriétaire.

[17] Article 1er, §2, 28°, du règlement technique.
[18] Article 1er , §2, 29°, du règlement technique.

39. Dans le dossier de certification, ESO souligne une nouvelle fois son point de vue selon lequel les installations de raccordement ne font pas partie du réseau de transport. Pour ESO, il n'y a pas de lien entre la procédure de certification et la demande de propriété des raccordements. ESO insiste sur le fait que, selon elle, la demande de propriété des raccordements est une option politique qui doit être prise par chaque Etat membre ou régulateur, conformément au principe de subsidiarité. Elle insiste également sur le fait que la CREG n'a jusqu'à présent pas imposé qui, des utilisateurs du réseau ou d'ESO, doit être propriétaire du raccordement.

40. Dans son étude du 5 décembre 2002[19], la CREG estimait que, malgré que les définitions de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et de la loi électricité concernant l'étendue du réseau de transport ne soient pas claires, le droit à l'accès des tiers serait entravé si l'on part du principe que les installations entre le "point de raccordement" et le "point d'interface" (ce qui concerne parfois des connexions de plusieurs kilomètres) ne sont pas soumises à la réglementation applicable au reste du réseau de transport. En particulier, le fait que (certaines) des "jonctions de raccordement" ne fassent pas partie du réseau de transport peut avoir des inconvénients pour les tiers, à savoir pour les consommateurs ou les producteurs qui sont établis à côté d'une telle jonction de raccordement. Dans le cas où l'accès à de telles jonctions de raccordement leur serait refusé, cela les inciterait à construire des infrastructures parallèles, ce qui va à l'encontre d'un développement efficace du réseau. En revanche, si ces tiers peuvent quand même être approvisionnés via la jonction de raccordement (le cas échéant, via les installations de l'"utilisateur du réseau raccordé"), la CREG craignait que l'autre partie ne fournisse l'accès que moyennant des prix extrêmement élevés pour l'utilisation de ses installations ou si le client éligible lui achète de l'électricité.

La grande préoccupation de la CREG en ce qui concerne les situations de clients en aval et la garantie que ceux-ci puissent aussi choisir librement leur fournisseur a cependant été rencontrée en grande partie par l'introduction dans le troisième paquet énergie des dispositions relatives aux réseaux fermés de distribution[20].

---

[19] Etude (F)021205-CDC-106 du 5 décembre 2002 relative à la délimitation du réseau de transport à l'égard des installations de raccordement et des lignes directes.

[20] L'arrêt C-439/06 Citiworks de la Cour de Justice du 22 mai 2008 qui a été prononcé à titre préjudiciel de la deuxième directive électricité portait sur la délimitation de la notion de "(réseau de) transport" par rapport à "(réseau de) distribution".

41. L'option politique régulatoire de la CREG qui permettait jusqu'à présent de choisir comme propriétaires du raccordement les utilisateurs du réseau ou ESO découlait directement du cadre légal applicable encore récemment (le deuxième paquet énergie et la loi électricité qui en découlait), lequel ne permettait pas d'imposer à ESO et aux utilisateurs du réseau qu'ESO dût entre autres être propriétaire des raccordements. Le troisième paquet énergie a profondément modifié le cadre légal applicable. En vertu du modèle *"full ownership unbundling"*, le gestionnaire de réseau doit en effet être propriétaire du réseau de transport.

42. La CREG constate cependant que, dans le cadre de la transposition du troisième paquet énergie dans la législation belge, la question de savoir si les raccordements font partie ou non du réseau de transport n'est pas explicitement réglée. Le cadre légal applicable aux installations de raccordement n'est par conséquent pas clair et pourrait être contesté.

43. Compte tenu de l'imprécision de la loi belge sur ce plan, la CREG estime que le régime de propriété des installations de raccordement ne peut être un motif valable de refus de la certification. Un éclaircissement du cadre légal sur ce point est en tout cas requis.

Dans l'ensemble, la CREG estime toutefois que le réseau de transport devrait idéalement s'étendre jusqu'au point d'interface situé sur le site de l'utilisateur du réseau et qu'ESO devrait être propriétaire des installations de raccordement et les gérer. ESO devrait veiller à l'avenir à acquérir le plus d'installations de raccordement possible et à les gérer ensuite. Cela vaut en particulier pour les jonctions de raccordement qui pourraient être utiles ou nécessaires à l'avenir afin de développer davantage ou renforcer le réseau de transport. Si une telle jonction de raccordement a indiscutablement une fonction de transport à l'avenir, ESO devra en effet l'acquérir dans tous les cas à ce moment-là. Au moment où ces connexions feront effectivement partie du réseau de transport, ESO devra le signaler à la CREG. Le cas échéant, il conviendra également de vérifier si un réexamen de la décision de certification doit ou non être réalisé. La CREG pense en particulier aux câbles offshore qui pourront faire partie du réseau de transport à l'avenir.

1.2. Double structure d'Elia

44. La demande de certification soumise à la CREG vise à la certification, en tant que gestionnaire du réseau de transport, de la S.A. Elia System Operator, l'actuel gestionnaire du réseau de transport d'électricité en Belgique. L'organisation de l'actuel gestionnaire de

réseau est cependant caractérisée par une double structure, dans laquelle une filiale de la S.A. Elia System Operator, à savoir la S.A. Elia Asset (ci-après également dénommée : Elia Asset), est propriétaire du réseau de transport d'électricité (voir également chapitre III, titre 1.1.).

45. Une telle structure double (ou multiple) du gestionnaire du réseau de transport est autorisée expressément par l'article 9bis de la loi électricité, selon lequel :

> *"§1. Le gestionnaire du réseau doit, à l'exception de deux titres, posséder, directement ou indirectement, la totalité du capital de et des droits de vote liés aux titres émis par :*
>
> *1° chaque filiale assurant totalement ou partiellement, sur demande du gestionnaire du réseau, la gestion du réseau de transport visée à l'article 8;*
>
> *2° chaque filiale propriétaire de l'infrastructure et de l'équipement faisant partie du réseau de transport.*
>
> *Toute aliénation de l'infrastructure et de l'équipement faisant partie du réseau de transport, faite par le gestionnaire du réseau et ses filiales, est soumise à l'avis conforme de la commission.*
>
> *Les titres éventuellement détenus par des entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel, ne sont pas assortis de droit de vote.*
>
> *Les statuts des filiales du gestionnaire du réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel.*
>
> *§ 2. Les droits et obligations conférés au gestionnaire du réseau en vertu de la loi sont applicables à chacune de ses filiales visées au § 1er, premier alinéa, 1°.*
>
> *Les compétences dont dispose la commission vis-à-vis du gestionnaire de réseau par cette loi ou en vertu de celle-ci s'appliquent également à chacune des filiales visées au § 1er.*
>
> *§ 3. Les conseils d'administration et les comités de direction du gestionnaire du réseau et de chacune de ses filiales visées au § 1er, premier alinéa, sont composés des mêmes membres. Le ministre peut, sur proposition de la commission, permettre des exceptions à ce principe, si celles-ci s'avèrent nécessaires à la direction efficace du gestionnaire du réseau et de ses filiales et si celles-ci ne menacent pas l'indépendance et l'impartialité de la gestion du réseau de transport.*
>
> *Aucune indépendance n'est exigée au niveau du personnel du gestionnaire du réseau à l'égard de ses filiales visées au § 1er, premier alinéa, et inversement. Aucune indépendance n'est exigée au niveau du personnel d'une filiale déterminée, visée au § 1er, premier alinéa, à l'égard d'une autre filiale visée au § 1er, alinéa 1er.*

46. Il est examiné ci-après dans quelle mesure la double structure actuelle du gestionnaire du réseau de transport, telle qu'autorisée en vertu de l'article 9bis de la loi électricité, répond à la condition de l'article 9.1.a) de la troisième directive électricité, qui

prévoit que le propriétaire du réseau de transport doit agir en tant que gestionnaire de réseau de transport.

47. Selon les informations figurant dans la demande de certification, la S.A. Elia System Operator et la S.A. Elia Asset forment une seule et même entité économique, sous l'appellation "Elia", conformément aux dispositions d'un contrat de société interne conclu entre elles (ci-après également dénommée "la structure double").

48. Conformément à ses statuts, la S.A. Elia System Operator a "pour objet principalement la gestion des réseaux d'électricité directement ou à travers des participations dans des entreprises possédant des réseaux d'électricité et/ou qui sont actives dans ce secteur d'activité"[21]. Comme établi à l'article 3.2 de ses statuts, elle peut à cet effet notamment être chargée des tâches suivantes concernant les réseaux d'électricité :

- l'exploitation, l'entretien et le développement ;
- l'amélioration, l'étude, le renouvellement et l'extension ;
- la gestion technique des flux d'électricité ; et
- assurer la sécurité, la fiabilité et l'efficacité et veiller à la disponibilité des services auxiliaires nécessaires[22].

Comme le prévoient ses statuts[23], ESO peut, conformément à l'article 9bis de la loi électricité, impliquer sous sa surveillance et sa responsabilité, une ou plusieurs filiales dans l'exécution des activités déterminées ci-dessus, moyennant le respect des conditions contenues dans la législation.

49. L'objet de la S.A. Elia Asset est fixé comme suit dans ses statuts : "[Elia Asset] *a pour objet principalement la production et l'amélioration, le renouvellement, l'entretien, et la gestion des réseaux d'électricité. Cela peut impliquer que la société gère les réseaux d'électricité sur un plan exécutif mais sur base des instructions exclusives, suivant les exigences, et sous le contrôle du gestionnaire de réseau*." (soulignage ajouté)[24]

50. Dans ce cadre, les deux sociétés ESO et Elia Asset ont conclu un contrat de société interne [CONFIDENTIEL

[21] Art. 3.1 Statuts d'ESO.
[22] Art. 3.2 Statuts d'ESO.
[23] Art. 3.3 Statuts d'ESO.
[24] Art. 3.1 Statuts d'Elia Asset.

][25]. Elia Asset devra exécuter les tâches qui lui sont confiées en vertu de ce contrat "*selon les directives qui lui seront données par Elia System Operator en sa qualité de GRT*"[traduction libre]. Ce contrat désigne ESO comme gérant unique de cette société interne.

51. Il ressort du dossier soumis qu'Elia Asset assure dans la pratique une partie de la gestion du réseau de transport, à la demande d'ESO, notamment l'exécution du transport d'électricité (conformément aux contrats conclus entre ESO et ses clients), l'entretien et les investissements dans le réseau de transport, tandis qu'ESO reste compétente entre autres pour la conclusion de contrats d'accès et le financement de la gestion, l'entretien et les investissements dans le réseau de transport.

52. Dans la demande de certification, ESO affirme qu'elle exerce un droit de décision et de contrôle absolu sur sa filiale Elia Asset et doit donc être considérée comme propriétaire du réseau de transport au sens de l'article 9, 1°, a) de la troisième directive électricité, l'argumentation reposant principalement sur les trois lignes de force suivantes :

a) les conseils d'administration et comités de direction d'ESO et Elia Asset sont composés de manière totalement identique ;

b) ESO est propriétaire, à une action près, d'Elia Asset ; cette action est détenue par la SCRL Publi-T (ci-après également dénommée : Publi-T), qui détient 45,37 % des parts d'ESO et exerce déjà un contrôle (direct et exclusif) sur ESO ;

c) Elia Asset opère "onder de volstrekte controle en instructies", "sous le "contrôle absolu et les instructions" d'ESO.

53. Chacune de ces lignes de force est examinée plus avant ci-dessous.

A. Les conseils d'administration et comités de direction d'ESO et Elia Asset sont composés de manière totalement identique

54. Il ressort de la demande de certification que les conseils d'administration et comités de direction d'ESO et Elia Asset sont composés de manière totalement identique. Cette

[25] [CONFIDENTIEL]

composition identique est en outre légalement obligatoire en vertu de l'article 9bis, §3, de la loi électricité (certes avec une possibilité d'exception, mais uniquement sur proposition de la CREG). L'article 9bis, §3, de la loi électricité stipule ce qui suit en la matière :

> *"§ 3. Les conseils d'administration et les comités de direction du gestionnaire du réseau et de chacune de ses filiales visées au § 1er, premier alinéa, sont composés des mêmes membres. Le ministre peut, sur proposition de la commission [CREG], permettre des exceptions à ce principe, si celles-ci s'avèrent nécessaires à la direction efficace du gestionnaire du réseau et de ses filiales et si celles-ci ne menacent pas l'indépendance et l'impartialité de la gestion du réseau de transport."*

Les comités consultatifs suivants sont présents au sein d'ESO et d'Elia Asset : un comité de gouvernance d'entreprise, un comité d'audit et un comité de rémunération. ESO déclare qu'à l'heure actuelle, les comités consultatifs des deux sociétés sont également composés de manière identique.

B. ESO est propriétaire d'Elia Asset à une action près

55. La demande de certification indique que la S.A. Elia System Operator détient 154.280.668 actions de la catégorie B dans Elia Asset, ce qui correspond à 99,995 % des actions, et Publi-T détient une seule action de la catégorie C (ce qui correspond à 0,005 % des actions d'Elia Asset). Il ressort cependant des statuts d'Elia Asset qu'il existe encore une action de la catégorie A. En réponse à la question de la CREG relative à cette action de la catégorie A dans Elia Asset, ESO a fait savoir qu'elle la détient également depuis mai 2010, mais que conformément à l'art. 9.3 des statuts d'Elia Asset, plus aucun droit spécial n'est attaché à cette action de la catégorie A et elle revêt les mêmes caractéristiques qu'une action de la catégorie B en raison de ce qui est prévu à l'art. 9.3 des statuts[26].

A une action près, ESO détient donc toutes les actions d'Elia Asset et la seule autre action est détenue par Publi-T (laquelle a déjà un contrôle sur ESO - cf. point 89 infra).

[26] Suite à la question de la CREG relative à la (seule) action de catégorie A dans Elia Asset mentionnée dans les statuts mais pas dans la demande de certification, elle a reçu les informations suivantes par e-mail d'ESO du 16.07.2012 : "*[…] Electrabel a cédé en mai 2010 ses actions de catégorie A dans Elia System Operator à Publi-T et a vendu ses actions de catégorie A dans Elia Asset à Elia System Operator.*" (il convient de faire remarquer que des droits spéciaux (de veto) sont liés à ces actions de catégorie A) "*Elia System Operator est de ce fait devenue détentrice de l'action de catégorie A dans Elia Asset, mais conformément à l'art. 9.3 des statuts d'Elia Asset, plus aucun droit spécial n'est attaché à cette action de la catégorie A. L'action de la catégorie A portant le n° 154.280.669 existe donc toujours, mais revêt les mêmes caractéristiques qu'une action de la catégorie B en raison de l'art. 9.3.'"* [traduction libre]

Conformément à l'article 9bis, §1er, de la loi électricité, pas plus de deux actions d'Elia Asset ne peuvent être détenues par un autre actionnaire que le gestionnaire de réseau.

56. Les articles 32.1 et 27.2 des statuts d'Elia Asset reconnaissent certains droits spéciaux ou droits de veto au titulaire de l'action de la catégorie C (à savoir Publi-T) (qui sont qualifiés par ESO de "droits de veto spéciaux réels").

- L'article 32.1 des statuts d'Elia Asset prévoit que l'on ne peut s'écarter du principe selon lequel 100 % du bénéfice distribuable est distribué annuellement sous forme de dividendes que "*moyennant l'accord unanime des actionnaires*".
- L'article 27.2 des statuts d'Elia Asset stipule : *"Toutes les décisions de l'assemblée générale, quel que soit le nombre d'actions représentées, devront obtenir la majorité prévue dans le Code des sociétés ou dans ces statuts, étant entendu qu'une décision peut seulement être prise moyennant l'approbation du titulaire de l'action de la catégorie A et du titulaire de l'action de la catégorie C."* (propre soulignage). Conformément à la disposition précitée, toute décision de l'assemblée générale nécessite l'approbation du titulaire de l'action de la catégorie C (à savoir Publi-T).

ESO affirme que les statuts d'Elia Asset ne comportent en outre pas d'autre disposition qui confère des droits de veto spéciaux réels au titulaire de l'action de la catégorie C, Publi-T.

57. Par ailleurs, il convient de signaler que les statuts d'Elia Asset prévoient que le conseil d'administration tend à prendre des décisions par voie de consensus dans toutes matières. Une décision n'est prise à la simple majorité que lorsqu'il est impossible de trouver raisonnablement un consensus, sauf pour une série de décisions énumérées dans les statuts, pour lesquelles une approbation à la majorité des administrateurs indépendants et à la majorité des administrateurs non indépendants (à savoir les administrateurs qui représentent Publi-T[27] tant dans ESO que dans Elia Asset) est exigée. Cela concerne notamment des décisions relatives à la désignation et révocation de membres du comité de direction, à la composition du comité de gouvernance d'entreprise, à l'approbation ou au rejet du plan de développement, aux plans d'investissement, etc. (art. 18.5 des statuts).

58. Publi-T dispose ainsi d'un droit de veto sur toutes les décisions de l'assemblée générale, et sur certaines décisions du conseil d'administration d'Elia Asset.

[27] Il convient de faire remarquer qu'il ressort d'une convention d'actionnaires entre Publi-T et Arcopar (cf. point 135) qu'il a été convenu entre ces deux parties qu'un de ces administrateurs non indépendants est proposé par Publi-T sur proposition du groupe Arco.

Dans son Projet de décision, la CREG a décidé à ce sujet, sur la base des informations contenues dans la demande de certification et des informations complémentaires transmises par ESO, qu'étant donné que Publi-T exerce déjà un contrôle sur ESO (voir le point 89 infra) et par ce biais aussi sur Elia Asset, les droits (de veto) spéciaux précités que Publi-T exerce au sein d'Elia Asset ne semblent pas accroître son influence sur Elia Asset dans la pratique.

59. Dans son Avis, la Commission européenne considère ce qui suit à ce sujet : "*La Commission partage le point de vue de la CREG qui estime que, dans le cas présent, le fait que cette action spécifique dans Elia Asset soit détenue par Puli-T et non par Elia, même si certains droits de véto y sont liés, n'empêche pas la certification, dans la mesure où Publi-T est quoi qu'il en soit l'actionnaire avec contrôle sur Elia [ESO]. La Commission souligne toutefois que si la certification a lieu et que la structure de l'actionnariat d'Elia est modifiée ultérieurement, la CREG devra évaluer à nouveau l'effet lié au fait que Publi-T conserve cette action spécifique d'Elia à la lumière de l'article 9, alinéa 1er, point a), de la directive électricité.*"[28] [traduction libre]

C. Elia Asset opère "onder de volstrekte controle en instructies", sous le "contrôle absolu et les instructions" d'ESO

60. Dans le dossier de demande, ESO avance enfin comme argument qu'Elia Asset opère sous "le contrôle absolu et les instructions" d'ESO.

Comme mentionné ci-dessus, une société interne a été créée entre ESO et Elia Asset, laquelle a notamment pour objectif de permettre aux deux parties de collaborer en vue de l'exécution par ESO de ses tâches en tant que gestionnaire de réseau de transport [

CONFIDENTIEL

]29. ESO affirme que cela confirme la stabilité de la structure, sous son contrôle (en tant que gérant unique).

---

28 Traduction libre de : "*De Commissie stemt in met het standpunt van de CREG dat in het onderhavige geval het feit dat dit specifieke aandeel in Elia Asset in het bezit is van Publi-T en niet van Elia, zelfs al zijn daaraan bepaalde vetorechten gehecht, geen belemmering vormt voor certificering aangezien Publi-T hoe dan ook de aandeelhouder is met zeggenschap over Elia. De Commissie beklemtoont echter dat indien certificering wordt verleend en de aandeelhouderstructuur van Elia daarna wordt gewijzigd, de CREG het effect van het aanhouden door Publi-T van dit specifieke Elia-aandeel opnieuw moet evalueren in het licht van artikel 9, lid 1, onder a), van de elektriciteitsrichtlijn*"

29 [CONFIDENTIEL]

61. ESO ajoute que les activités relevant de sa compétence au sein de la société interne relèvent de manière générale d’un propriétaire d'un réseau de transport, étant donné qu'elle assume le financement de la gestion et l'extension du réseau de transport et est responsable de la conclusion des contrats d'accès, et de façon plus générale, des contrats exigés dans le cadre de la gestion du réseau de transport.

62. En particulier selon [CONFIDENTIEL] du contrat de société interne, ESO est responsable de :

[

CONFIDENTIEL

]

63. Selon ce contrat, Elia Asset est à son tour responsable en particulier de :

[

CONFIDENTIEL

]

64. Par ce contrat, le gérant ESO donne cependant mandat à Elia Asset de conclure des contrats [CONFIDENTIEL] en son nom propre, mais pour le compte de la société interne [CONFIDENTIEL].

65. Notamment en vertu de ce qui précède, ESO affirme qu'elle gère, développe et étend le réseau de transport en tant que société mère d'Elia Asset et par le biais de la société interne. ESO indique dans la demande de certification qu'elle exerce un contrôle total et exclusif sur Elia Asset et donc sur le réseau de transport ; on peut donc affirmer qu'ESO est propriétaire du réseau de transport dans la pratique et que la condition incluse à l'article 9, 1°, a) de la troisième directive électricité est remplie.

66. Dès lors que la demande de certification avance qu'Elia Asset agit sur les instructions exclusives et sous le contrôle absolu d'ESO, la CREG a signalé dans son Projet de décision que pour certaines dispositions comprises dans les statuts d'ESO et Elia Asset et le contrat de société interne, il n'est pas clair et éventuellement douteux au vu de la formulation, qu'il s'agisse d'"instructions exclusives et de contrôle absolu" d'ESO. Par conséquent, la CREG a demandé dans son Projet de décision de reformuler le cas échéant en ce sens ces dispositions des statuts d'ESO et d'Elia Asset ainsi que du contrat de société interne afin que les "instructions exclusives et le contrôle absolu" d'ESO en ressortent clairement.

67. Suite à ces remarques de la CREG et à l'Avis de la Commission européenne, Elia s'est engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à modifier les statuts d'ESO et d'Elia Asset sur deux points afin de clarifier le contrôle exercé par ESO sur Elia Asset et de soumettre pour approbation cette modification des statuts lors d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'ESO et d'Elia Asset, immédiatement après leurs prochaines assemblées générales ordinaires le 21 mai 2013 (voir le point 70).

En outre, et surtout, ESO s'est engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à modifier certains points du contrat de société interne entre ESO et Elia Asset par le biais d'un addendum précisant qu'Elia Asset exécute ses tâches et ses responsabilités dans le cadre de ce contrat <u>sous le contrôle et l'instruction exclusive d'ESO</u>. ESO s'est engagée à soumettre cet addendum pour approbation aux conseils d'administration d'ESO et d'Elia Asset et de mettre en œuvre les adaptations nécessaires d'ici au mois de mai 2013.

A ce sujet, ESO s'est également engagée, pour cette même date, à modifier le cas échéant tous les documents de société qui font référence à la double structure d'ESO – S.A. Elia Asset afin de confirmer le contrôle absolu d'ESO sur Elia Asset. La CREG avait à cet égard également fait remarquer que ceci était d'autant plus important pour les documents publics disponibles sur le site Internet d'Elia, par exemple la *Elia Corporate Governance Charter*.

D. Droits et obligations prévus par la loi des filiales d'ESO et compétences du régulateur

68. De plus, il convient de signaler les compétences du régulateur à l'égard des filiales du gestionnaire de réseau, ainsi que les droits et obligations des filiales du gestionnaire de réseau, tels que prévus à l'article 9bis, §§ 2 et 1 de la loi électricité :

> "*§ 2. Les droits et obligations conférés au gestionnaire du réseau en vertu de la loi sont applicables à chacune de ses filiales visées au § 1er, premier alinéa, 1°."* [à savoir : chaque filiale assurant totalement ou partiellement, sur demande du gestionnaire du réseau, la gestion du réseau de transport]
>
> "*Les compétences dont dispose la commission vis-à-vis du gestionnaire de réseau par cette loi ou en vertu de celle-ci s'appliquent également à chacune des filiales visées au § 1er."* [c'est-à-dire : chaque filiale assurant totalement ou partiellement la gestion du réseau de transport sur demande du gestionnaire du réseau et chaque filiale propriétaire du réseau de transport]

Dans ce cadre, ce qu'ESO déclare dans la demande de certification concernant l'article 9bis de la loi électricité est important. Cet article 9bis stipule que les droits et obligations que la loi confère au gestionnaire de réseau sont applicables à chacune de ses filiales qui assurent totalement ou partiellement la gestion du réseau de transport. Les mêmes droits et obligations ne semblent pas s'appliquer aux filiales propriétaires du réseau de transport. ESO déclare ce qui suit à ce sujet [traduction libre]: "*La filiale qui assure cette gestion et qui est propriétaire du réseau de transport est Elia Asset. En raison du constat selon lequel Elia Asset est non seulement propriétaire mais est également partiellement gestionnaire, tous les droits et obligations qu'ESO détient en tant que gestionnaire de réseau en vertu de la loi, s'appliquent également à Elia Asset, en sa qualité de propriétaire également. Là où la loi vise la personne morale indivisible de la filiale qui vise la gestion totale ou partielle et non l'activité de gestion en tant que telle comme critère pour l'application des obligations légales, les obligations légales s'appliquent intégralement et automatiquement à Elia Asset* ."(cf. article 9bis, §1er, 2e alinéa, lu conjointement au §2, 1er alinéa).

De la sorte, ESO reconnaît expressément que tous les droits et obligations qu'elle a en tant que gestionnaire de réseau en vertu de la loi électricité s'appliquent aussi intégralement à Elia Asset. Cela confirme en outre l'interprétation de cet article de la loi électricité par la CREG.

69. Par ailleurs, conformément à l'article 9bis, §2, 2e alinéa de la loi électricité, la CREG dispose de compétences (de contrôle) non seulement à l'égard du gestionnaire de réseau, mais aussi à l'égard de chaque filiale du gestionnaire de réseau qui assure totalement ou partiellement la gestion du réseau de transport pour le compte du gestionnaire de réseau, ainsi qu'à l'égard de chaque filiale propriétaire de l'infrastructure et de l'équipement faisant partie du réseau de transport.

1.3. Conclusion (concernant l'article 9.1.a) de la troisième directive électricité) :

70. Sur la base de ce qui est exposé ci-dessus, et en particulier en référence à l'Avis de la Commission européenne, la CREG estime que l'on peut conclure que la "double structure" de l'actuel gestionnaire de réseau ne peut être considérée comme contraire à l'exigence visée à l'article 9.1.a) de la troisième directive électricité, dans la mesure où les dispositions des statuts d'ESO et d'Elia Asset, ainsi que celles du Contrat de société interne seront reformulées conformément aux points 66 et 67 ci-dessus, afin de garantir le contrôle absolu d'ESO sur Elia Asset[30].

Plus particulièrement, une adaptation des statuts d'ESO et d'Elia Asset ainsi que du Contrat de société interne entre ESO et Elia Asset afin de clarifier le contrôle d'ESO sur Elia Asset est prévue comme suit :

- modification de l'article 3.3. des statuts d'ESO (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page))::

"*Aux conditions stipulées par la législation, la société peut impliquer une ou plusieurs filiales sous sa surveillance et son contrôle dans l'exécution de certaines activités telles que visées aux articles 3.1 et 3.2.*"[31]

- adaptation de l'article 3.1. des statuts d'Elia Asset (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)):

"*La société a pour objet principal le développement et l'amélioration, le renouvellement, l'entretien et la gestion des réseaux d'électricité. Ceci peut impliquer que la société gère les réseaux d'électricité au niveau exécutif, mais conformément aux instructions exclusives, selon les exigences et sous le contrôle du gestionnaire de réseau.*"[32]

---

[30] Dans son projet de décision, la CREG a souligné que cette décision était également conforme à l'avis rendu par la Commission européenne concernant la certification du gestionnaire du réseau de transport danois Energinet.dk. Dans cet avis, le fait qu'une filiale à 100 % du gestionnaire de réseau Energinet.dk soit le propriétaire d'un réseau de transport (régional) qui sera géré par le gestionnaire de réseau/la société mère n'était pas considéré comme contraire aux exigences de dissociation de propriété. Dans ce cas, la structure était "double" et la société mère/le gestionnaire du réseau de transport était actionnaire à 100 % de la filiale/du propriétaire du réseau de transport. Dans son jugement, la Commission européenne a estimé que le fait que le gestionnaire du réseau de transport Energinet.dk avait le contrôle absolu sur cette filiale, propriétaire du réseau de transport, était prépondérant. Voir la Commission's Opinion of 9.1.2012 on DERA's draft certification decision for Energinet (electricity) – C(2012) 87, p. 4.

[31] Traduction libre de : "*De vennootschap kan, onder de voorwaarden bepaald door de wetgeving, één of meer dochtervennootschappen onder haar toezicht <u>en controle</u> betrekken bij de uitvoering van bepaalde activiteiten als bedoeld in artikel 3.1 en 3.2*."

[32] Traduction libre de : "*De vennootschap heeft als voornaamste doel het ontwikkelen en verbeteren, het vernieuwen, het onderhouden, en het beheren van elektriciteitsnetten. Dit kan inhouden dat de vennootschap de elektriciteitsnetten, op uitvoerend vlak beheert, maar op exclusieve instructie, volgens de eisen, en onder de controle van de netbeheerder*."

- adaptation du Contrat de société interne du 8 juillet 2002 entre ESO et Elia Asset par le biais d'un addendum précisant qu'Elia Asset exécute ses tâches et ses responsabilités dans le cadre de ce contrat sous le contrôle et l'instruction exclusive d'ESO. [

CONFIDENTIEL

][33]

71. En effet, dans le cadre du modèle de dissociation de la propriété, ESO est tenue en tant que gestionnaire du réseau de transport, d'exercer un contrôle absolu sur sa filiale qui possède ce réseau. Toutes les tâches de gestion de réseau (en ce compris les investissements en infrastructure) confiées par ESO à sa filiale Elia Asset doivent être exécutées par Elia Asset selon les instructions exclusives et sous le contrôle absolu d'ESO.

72. Dans le cadre du suivi de cette décision de certification, la CREG procédera au contrôle minutieux de l'exécution de ces engagements relatifs à l'adaptation des statuts d'ESO et d'Elia Asset, du Contrat de société interne entre les deux sociétés ainsi que des documents de société dans lesquels il est fait référence à la double structure, comme mentionné au point 67.

[33] [
CONFIDENTIEL
]

2. Règles d'interdiction en matière de contrôle croisé et/ou de pouvoirs sur les TSO et les entreprises exerçant une fonction de production ou de fourniture, en matière de désignation des membres de certains organes du TSO et de contrôle ou de quelconque pouvoir simultanés sur des entreprises qui exercent une fonction de production ou de fourniture, ou d'appartenance simultanée à des organes de ceux-ci (art. 9.1. b) à d) inclus de la troisième directive électricité)

73. Les articles 9.1. b) à d) inclus de la troisième directive électricité comportent les exigences suivantes, en particulier les règles d'interdiction, auxquelles le (candidat) gestionnaire de réseau doit satisfaire cumulativement dans le cadre du régime de dissociation intégrale des structures de propriété.

74. L'article 9.1.b), (i), de la troisième directive électricité prévoit qu'une même personne (ou des mêmes personnes) n'est (ne sont) pas autorisée(s) à exercer simultanément un contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture et, directement ou indirectement, un contrôle ou un quelconque pouvoir sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport. L'article 9.1. b), (ii) de la troisième directive électricité comporte la même règle d'interdiction mais dans le sens inverse, à savoir qu'une même personne (ou des mêmes personnes) n'est (ne sont) pas autorisée(s) à exercer simultanément un contrôle direct ou indirect sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport et, directement ou indirectement un contrôle ou un quelconque pouvoir sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture.

75. L'article 9.1., c), de la troisième directive électricité prévoit en outre que la ou les mêmes personnes n'est (ne sont) pas autorisée(s) à, d'une part, désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise du gestionnaire de réseau de transport ou du réseau de transport, et, d'autre part, exercer, directement ou indirectement, un contrôle ou un quelconque pouvoir, sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture[34].

[34] Cette condition a notamment pour objet d'éviter la situation dans laquelle une société mère a une influence, même minime, sur un producteur ou fournisseur et puisse en plus nommer les membres des organes représentant légalement un gestionnaire du réseau de transport ou le réseau de transport.

76. Enfin, l'article 9.1., d), de la troisième directive électricité prévoit comme condition de dissociation que la même personne n'est pas autorisée à être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise à la fois d'une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture, et d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un réseau de transport.

77. L'article 9.2., de la troisième directive électricité détermine ce que comprennent les "pouvoirs" visés à l'article 9.1., b) et c), à savoir : (i) le pouvoir d'exercer des droits de vote; (ii) le pouvoir de désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise; ou (iii) la détention d'une part majoritaire. Il s'agit d'une énumération non exhaustive (comme confirmé dans la note interprétative de la Commission européenne relative au régime de dissociation[35]).

78. La notion de "contrôle" mentionnée à l'article 9.1.b) et c) de la troisième directive électricité est définie à l'article 2, 34°, de la troisième directive électricité, en référence au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après : le règlement CE sur les concentrations). Aux termes de l'article 3.2. du règlement CE sur les concentrations, le "contrôle" découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;

b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

De plus, l'article 9.3. de la troisième directive électricité précise que la notion d'"entreprise assurant une des fonctions suivantes: production ou fourniture", pour l'application de l'article 9.1. b) de cette directive, comporte non seulement la production et la fourniture d'électricité, mais aussi la production et la fourniture de gaz naturel (y compris de GNL), en renvoyant à la troisième directive gaz. Dans le cadre de l'application de cet article, les notions de "réseau de transport" et de "gestionnaire de réseau de transport" comportent également les réseaux de transport et les gestionnaires de réseau de transport au sens de la troisième directive gaz (application dite "transsectorielle" de ces règles d'interdiction).

[35] Commission staff working paper, Interpretative note on Directieve 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, "the unbundling regime", p. 9.

L'objectif des règles de dissociation prévues dans la troisième directive électricité est de séparer effectivement les activités de production et de fourniture, d'une part, et les activités de gestion du réseau, d'autre part. Cet objectif est réalisé par l'imposition d'une série d'exigences visant à empêcher les conflits d'intérêts entre ces deux types d'activités, à savoir la suppression de tout élément qui inciterait le TSO à pratiquer des discriminations en matière d'accès au réseau et d'investissements dans le réseau, en particulier pour les nouveaux entrants, cela de manière également à aboutir à une transparence (accrue) sur le marché.

Dans son Avis du 8 octobre 2012 concernant la certification d'ESO, la Commission européenne signale à nouveau expressément ce qui suit : "*Les règles de dissociation visent à éliminer tout motif pour le gestionnaire de réseau de transport de favoriser certains intérêts de production ou de fourniture en matière d'accès à et d'investissements dans le réseau au détriment d'autres utilisateurs du réseau.*" [traduction libre][36]

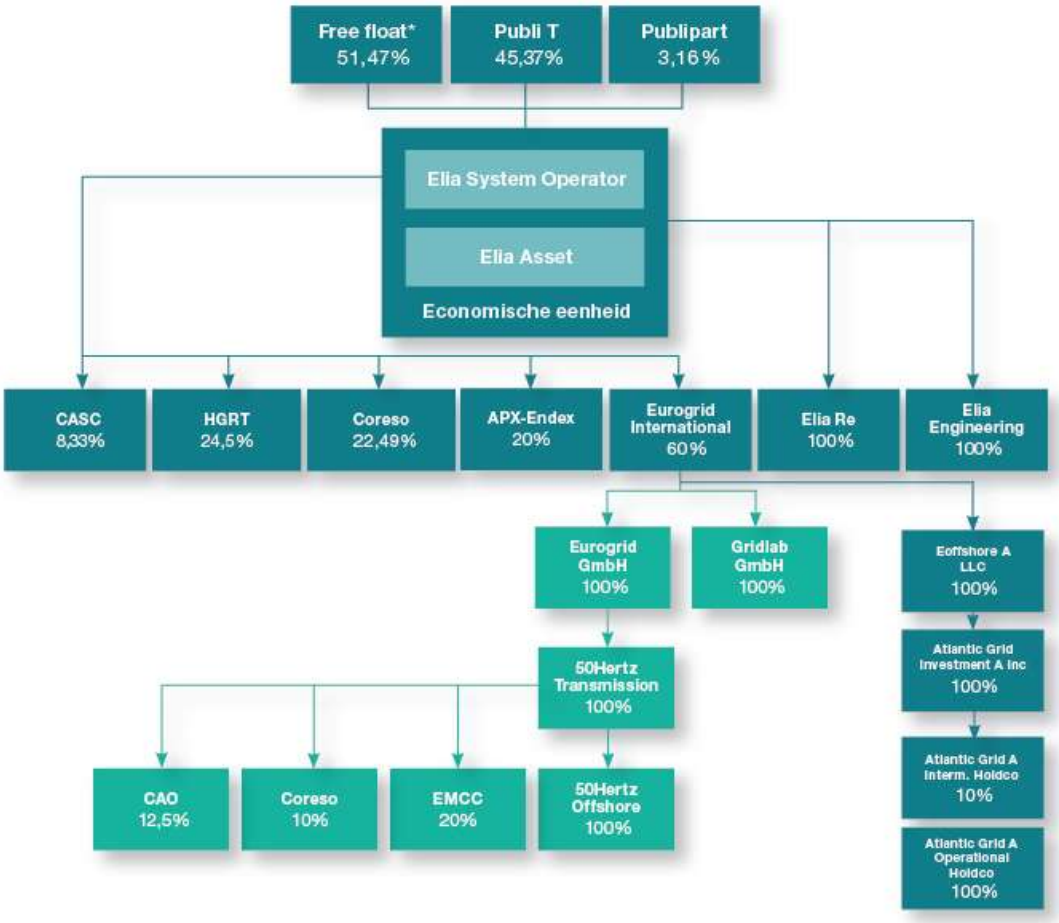
Comme mentionné ci-dessus (cf. point 8 *supra*), le législateur belge n'a pas assuré une transposition correcte et conforme des conditions de dissociation des articles 9.1. b) à d) inclus de la troisième directive électricité. En raison de cette transposition incorrecte, la CREG appliquera les exigences de dissociation prévues aux articles 9 et 9bis de la loi électricité, pour autant qu'elles soient conformes aux dispositions de la troisième directive électricité. En cas de contradiction ou de lacune dans la loi électricité, la CREG est tenue d'appliquer directement les articles 9.1. b) à d) inclus de la troisième directive électricité. Dans ce cadre, la CREG signale une nouvelle fois que la transposition non conforme de la part du législateur belge fait également l'objet du recours en annulation auprès de la Cour constitutionnelle et de la plainte auprès de la Commission européenne mentionnés ci-dessus. La CREG émet dès lors toute réserve à ce sujet.

[36] Traduction libre de: "*het doel van de ontvlechtingsregels is elke drijfveer voor een transmissiesysteembeheerder weg te nemen om bepaalde opwekkings- of leveringsbelangen te begunstigen ten nadele van andere netwerkgebruikers wat de toegang tot en investeringen in het netwerk betreft.*"

2.1. Règles d'interdiction en matière de contrôle croisé et de pouvoir exercés sur les TSO et les entreprises exerçant une fonction de production ou de fourniture (art. 9.1.b) de la troisième directive électricité), et en matière de droit de désigner des membres de certains organes du TSO et d'exercer simultanément un contrôle ou un quelconque pouvoir sur des entreprises qui effectuent l'une des fonctions de production ou de fourniture (art. 9.1. c) de la troisième directive électricité)

2.1.1 Elia System Operator et ses filiales

79. L'aperçu schématique de la structure de groupe d'Elia, tel que communiqué dans (les informations complémentaires à) la demande de certification est le suivant :



80. Le dossier de certification soumis contient en outre un tableau comportant un aperçu schématique des sociétés sur lesquelles ESO exerce un contrôle légal (direct ou indirect, exclusif ou conjoint) au sens du règlement CE sur les concentrations (du 26 juin 2012). Il s'agit des sociétés suivantes :

- la SA Elia Asset (est propriétaire du réseau de transport et en assure une partie de la gestion à la demande d'ESO) ;
- la SA Elia Engineering (fournit des services d'ingénierie et est principalement impliquée dans la conception et la gestion de projets liés à l'infrastructure du réseau de transport) ;
- la société de réassurance SA Elia Re ;
- la société holding SCRL Eurogrid International (qui, via sa filiale Eurogrid GmbH, a un contrôle à 100 % sur le gestionnaire de réseau allemand 50 Hertz Transmission GmbH. ESO a le contrôle en commun, avec l'Industry Fund Management Pty Ltd ("IFM"), d'Eurogrid International, via la s.a.r.l. IFM Luxembourg No 2) ;
- la société holding allemande Eurogrid GmbH ;
- 50 Hertz Transmission GmbH (gestionnaire et propriétaire du réseau de transport dans plusieurs Etats fédérés allemands)[37] ;
- 50 Hertz Offshore GmbH (est chargée du raccordement des parcs éoliens en Mer Baltique) ;
- Gridlab GmbH (centre de formation et de recherche européen pour la '*Power Systems Security')* ;
- la société holding américaine E-Offshore A LLC (gère la participation dans le projet Atlantic Wind Connection pour le développement du premier réseau HVDC offshore pour la côte est des Etats-Unis) ;
- la société holding Atlantic Grid Investment A Inc. (gère la participation dans le projet Atlantic Wind Connection pour le développement du premier réseau HVDC offshore sur la côte est des Etats-Unis) ;
- la SA APX-ENDEX (la bourse d'électricité et de gaz naturel pour les Pays-Bas, la Belgique et le Royaume-Uni) ;
- la SA Coreso (centre de coordination technique régional visant à renforcer la sécurité opérationnelle des réseaux et la fiabilité de l'approvisionnement en Europe centre-ouest) ;

ESO déclare qu'aucune des sociétés précitées sur lesquelles elle exerce un contrôle n'est active dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel (à la date de dépôt des informations complémentaires concernées dans le dossier de certification, à savoir le 29 juin 2012).

La demande de certification ne comporte aucune information supplémentaire concernant les sociétés suivantes dans lesquelles ESO possède (directement ou indirectement) un intérêt minoritaire: Atlantic Grid A Interm. Holdco, Atlantic Grid A Operational Holdco. En réponse à une demande de la CREG visant à recevoir de plus amples informations à ce sujet, ESO fait

[37] Ce gestionnaire de réseau de transport doit à son tour être certifié par le régulateur national allemand.

uniquement référence à deux communiqués de presse concernant sa participation dans l'"Offshore Atlantic Wind Connection Project"[38]. Comme déjà mentionné dans le Projet de décision de la CREG, sur la base de ces informations (publiques), les activités de ces sociétés semblent avoir trait aux activités de réseau (offshore) aux Etats-Unis[39].

2.1.2 Les actionnaires d'Elia System Operator

81. Pour un aperçu des entreprises qui entrent en ligne de compte à ce titre, on peut également renvoyer à l'organigramme en annexe 1.

82. 51,47 % des actions d'ESO sont en free float, dont 6,72 % sont détenues par le groupe ARCO[40]. La SCRL Publi-T (ci-après également dénommée Publi-T) est le plus grand actionnaire d'ESO avec 45,37 %. La SA Publipart (ci-après également dénommée Publipart) détient elle 3,16 % des actions d'ESO.

Le tableau suivant donne un aperçu schématique des actionnaires d'ESO (au 26 juin 2012[41]), tel que communiqué dans la demande de certification :

Actionnaire	Nombre d'actions	Catégorie d'actions	% d'actions par rapport au nombre total d'actions
SCRL Publi-T	27.308.507	C	45,25 %

[38] http://www.elia.be/~/media/files/Elia/PressReleases/2011/NL/Elia%20Group%20-%20AWC-Elia%20Persbericht-NL.pdf
http://www.elia.be/~/media/files/Elia/PressReleases/2011/EN/20110722-AGD-AWC-Elia_PressRelease.pdf

[39] Il y a lieu de se référer à l'avis de la Commission européenne relatif à la certification des gestionnaires de réseau du "*National Grid*", selon lequel les activités du National Grid aux Etats-Unis ne sont pas de nature à empêcher la certification en l'absence d'interface entre les réseaux d'électricité des Etats-Unis et du Royaume-Uni. (Commission Opinion of 19.04.2012 on the certification of National Grid Electricity Transmission plc, National Grid Gas plc and National Grid Interconnectors Limited, p.4.)

[40] Le groupe Arco [CONFIDENTIEL].
En l'espèce, la participation dans ESO est détenue au 26 juin 2012 par :
la SCRL Arcopar (qui détient 2.662.582 parts dans ESO, soit 4,41 %),
la SCRL Arcoplus (qui détient 186.961 parts dans ESO, soit 0,31 %),
la SCRL Arcofin (qui détient 231.181 parts dans ESO, soit 0,38 %),
la SA Auxipar (qui détient 689.902 parts dans ESO, soit 1,14 %),
la SA Arcosyn (qui détient 147.858 parts dans ESO, soit 0,24 %) et
la SCRL Interfinance (qui détient 135.211 parts dans ESO, soit 0,22 %).

[41] Dans sa réponse à une question de la CREG par e-mail du 30 novembre 2012, ESO a indiqué ce qui suit : "*En ce qui concerne les actions A et C, nous pouvons vous confirmer que ces chiffres sont toujours corrects. En ce qui concerne les actions B, nous pouvons vous signaler que nous n'avons connaissance d'aucune modification. Etant donné que les actionnaires B sont soumis à une obligation de déclaration uniquement lorsque certaines quotités minimales ou maximales sont dépassées comme stipulé à l'article 10 des statuts (à savoir les quotités de 5 % ou un multiple de cette quotité), nous ne pouvons pas exclure que certaines modifications soient intervenues. Nous pouvons toutefois signaler que nous n'avons reçu aucune déclaration depuis le 26 juin 2012.*" [traduction libre]

	75.000	B	0,12%
SCRL Publi-T total	27.383.507	C+B	45,37%
SA Publipart	1.526.756	A	2,53%
	383.006	B	0,63%
SA Publipart total	1.909.762	A+B	3,16%
Free float	27.008.253 + 4.053.695 (groupe ARCO)	B	51,47 % dont 6,72 % groupe ARCO
Total	60.355.217	A+B+C	100 %

83. Les statuts d'ESO déterminent les droits liés aux actions de la catégorie A, B et C. Toutes les actions ont les mêmes droits conformément à l'article 4.3 des statuts d'ESO (à savoir le droit de vote, le droit au dividende, les droits en cas de liquidation), indépendamment de la catégorie à laquelle elles appartiennent, sauf stipulation contraire dans les statuts. A ce propos, les statuts stipulent que certains droits spécifiques sont liés aux actions de la catégorie A (détenues par Publipart) et de la catégorie C (détenues par Publi-T) concernant (a) la nomination des membres du conseil d'administration et (b) l'approbation des décisions prises par l'assemblée générale (cf. points 85 - 86 infra).

A. Publi-T

A.1. Contrôle de Publi-T sur ESO

84. ESO expose et conclut dans la demande de certification que Publi-T exerce un contrôle légal direct et exclusif sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations, en vertu des éléments repris ci-dessous.

85. En tant que propriétaire de 45,37 % des actions d'ESO, la société Publi-T est le plus grand actionnaire d'ESO. Comme mentionné plus haut, cela concerne des actions de la catégorie C (et B).

L'article 28.2.2 des statuts d'ESO stipule que "*aussi longtemps que les Actions de la catégorie C* [détenues en l'espèce par Publi-T] *représentent plus de vingt-cinq pour cent (25%) du nombre total d'Actions, toutes les décisions de l'assemblée générale devront obtenir outre la majorité prévue aux statuts et dans le Code des sociétés, l'approbation de la majorité des Actions de la catégorie C présentes ou représentées*".

Vu ce qui précède, l'assemblée générale d'ESO ne peut prendre une décision (conformément à l'article 28.2.2 des statuts) que si cette décision est approuvée par Publi-T (en tant qu'unique titulaire d'actions de la catégorie C), sans préjudice de la majorité prévue aux statuts et dans le Code des sociétés. Cela implique que, si elle le souhaite, Publi-T peut bloquer les décisions prises au sein de l'assemblée générale.

Dans la constellation actuelle, Publi-T dispose donc d'un droit de veto au sein de l'assemblée générale d'ESO lors de toute prise de décision.

De plus, la demande de certification indique que Publi-T peut aussi prendre seule les décisions au sein de l'assemblée générale, compte tenu du fait qu'une grande partie des actionnaires ne participe pas à l'assemblée générale.

86. Conformément à l'article 13.5.2 des statuts d'ESO, Publi-T a le droit de proposer la nomination des sept administrateurs non indépendants, à savoir la moitié du conseil d'administration. Dans un souci d'exhaustivité, il convient d'ajouter qu'il ressort [CONFIDENTIEL] qu'un de ces administrateurs est proposé par Publi-T sur proposition du groupe Arco (cf. point 135 *infra*).

Vu que le conseil d'administration décide, conformément à l'article 19.5 des statuts d'ESO, à la majorité simple des membres présents ou représentés lorsqu'un consensus ne peut raisonnablement être atteint, Publi-T peut exercer une influence déterminante sur les décisions prises par le conseil d'administration et par conséquent sur la politique d'ESO.

87. Conformément au même article 19.5 des statuts d'ESO, certaines décisions du conseil d'administration, par dérogation à la règle de majorité exposée ci-dessus, exigent cependant une approbation à la majorité des administrateurs indépendants et à la majorité des administrateurs non indépendants. Cela concerne notamment les décisions relatives à la nomination et la révocation des membres du comité de direction, l'approbation et/ou le refus du plan de développement, des plans d'investissement et du plan d'adaptation, ..., c'est-à-dire des décisions de nature stratégique.

Etant donné que tous les administrateurs non indépendants sont nommés sur proposition de Publi-T et représentent donc Publi-T, l'exigence de majorité particulière précitée signifie que Publi-T a *de facto* un droit de veto au sein du conseil d'administration d'ESO concernant certaines décisions stratégiques d'ESO.

88. En outre, Publi-T a déclaré dans le cadre de la demande de certification qu'"*il existe par ailleurs une présomption légale de contrôle de fait lorsqu'un associé a exercé des droits de vote lors de la dernière et avant-dernière assemblée générale qui représentent la majorité des votes émis lors de ces assemblées générales, ce qui est le cas de Publi-T auprès d'ESO".*[42] [traduction libre]

89. Il ressort des informations contenues dans la demande de certification que Publi-T exerce un contrôle sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations.

A.2. Publi-T est-elle contrôlée à son tour ?

90. Il ressort des informations contenues dans la demande de certification que Publi-T a les actionnaires suivants (en date du 27 juin 2012)[43] (trente au total) :

- 40 % du total des actions sont détenus par les sociétés de financement des intercommunales mixtes de la région flamande [CONFIDENTIEL]. Il s'agit d'actions de la catégorie B1 qui donnent droit, conformément à l'article 21 des statuts, à huit des vingt-sept membres du conseil d'administration de Publi-T ;
- 16 % des actions sont détenus par les sociétés de financement des intercommunales pures de la région flamande [CONFIDENTIEL]. Il s'agit d'actions de la catégorie B2, qui donnent droit au total (donc VEH compris) à quatre membres au conseil d'administration ;
- 4 % des actions sont détenus par le holding énergétique flamand (Vlaamse Energieholding - VEH). Il s'agit d'actions de la catégorie B2 ;

[42] Voir à ce sujet la page 17 de la communication consolidée de la Commission européenne sur les questions de compétence en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et de l'article 5, §3 du Code des sociétés.

[43] Le dossier de demande mentionne en outre que le holding communal, qui est dissout depuis le 7 décembre 2011, a "*perdu sa qualité de société* (de la SCRL Publi-T)" en raison de sa dissolution. Selon les informations fournies, le holding communal était le seul titulaire d'actions de la catégorie A dans Publi-T.

- 10 % des actions sont détenus par INTERFIN (intercommunale de financement de la Région de Bruxelles-Capitale). Il s'agit d'actions de la catégorie C qui donnent droit à deux membres au conseil d'administration ;
- 16,67 % des actions de Publi-T sont détenus par la SA Socofe. Il s'agit d'actions de la catégorie D1 qui donnent droit à trois administrateurs au conseil d'administration ;
- 13,33 % des actions de Publi-T sont détenus par les intercommunales de la région wallonne [
  CONFIDENTIEL

  ]. Il s'agit d'actions de la catégorie D2 qui donnent droit à trois administrateurs au conseil d'administration.

Conformément aux statuts de Publi-T, chaque action donne droit à une voix à l'assemblée générale.

91. La demande de certification renvoie à la (dernière) déclaration de transparence relative à ESO du 30 mars 2011 qui a été faite par Publi-T (et certaines sociétés du groupe Arco) conformément à la loi sur la transparence[44], et selon laquelle "*aucune personne physique ou morale* […] *ne détient le contrôle final de Publi-T SCRL*" [traduction libre].

La demande de certification comporte une confirmation de Publi-T selon laquelle la notion de "contrôle" à laquelle il est renvoyé dans la déclaration de transparence du 30 mars 2011 (à savoir le contrôle au sens des articles 5 à 7 inclus du Code des sociétés) doit en outre être comprise au sens du règlement CE sur les concentrations, et ce compte tenu du fait que "*aucun associé de Publi-T ne* [détient] *une majorité d'actions de Publi-T ou ne* [possède] *de droits (statutaires) spéciaux qui lui permettraient d'exercer une influence déterminante sur le processus décisionnel de Publi-T"* [traduction libre]. Publi-T déclare ensuite que *"Certaines sociétés* [possèdent] *toutefois certains droits de présentation mais* [que] *ceux-ci* [sont] *trop limités pour pouvoir exercer un contrôle*."[45] [traduction libre]

Enfin, Publi-T déclare que "*les sociétés de Publi-T* [n'ont] *pas conclu de convention octroyant des droits spéciaux à l'une d'entre elles*". [traduction libre]

[44] Loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses, MB 12 juin 2007

[45] Il ressort des statuts de Publi-T qu'aucune des sociétés ou catégories d'actions ne peut proposer une majorité des membres du conseil d'administration et que les décisions sont prises en principe par le conseil d'administration à la majorité simple des membres présents ou représentés.

Publi-T déclare sur ce point qu'il n'existe aucune convention d'actionnaires concernant Publi-T ou d'autres conventions relatives à des accords de vote entre actionnaires de Publi-T.

92. ESO déduit des informations que Publi-T lui a communiquées que Publi-T n'est (à son tour) pas contrôlée au sens du règlement CE sur les concentrations.

93. Dans son Projet de décision, la CREG s'interrogeait toutefois au sujet de cette conclusion d'ESO selon laquelle Publi-T n'est (à son tour) pas contrôlée au sens du règlement CE sur les concentrations. Plus particulièrement, la CREG a fait remarquer dans son Projet de décision que l'existence d'un contrôle en commun par ses actionnaires sur Publi-T n'était pas à exclure, en partie en raison des informations incomplètes et imprécises concernant les actionnaires de Publi-T reprises dans la demande de certification. Etant donné également que l'actionnariat de Publi-T s'aligne en grande partie sur la représentation régionale, la CREG se posait la question de savoir si les différentes catégories d'actionnaires n'ont pas la possibilité de bloquer, directement ou indirectement, certaines décisions qui pourraient constituer une menace pour les intérêts régionaux. A ce sujet, la CREG s'est en outre posée dans son Projet de décision la question de savoir si, notamment par le biais d'institutions telles qu'Intermixt[46], une coordination des délibérations à ce point avancée pourrait avoir lieu entre ces actionnaires, qu'il puisse être question d'un contrôle en commun sur Publi-T.

De plus, le Projet de décision soulignait la situation particulière découlant de la dissolution du Holding communal depuis le 7 décembre 2011 et, à ce propos, le fait que le dossier de certification mentionnait qu'il a "*perdu sa qualité d'associé* [de la SCRL Publi-T]" [traduction libre] en raison de cette dissolution. Il ressortait des informations communiquées dans le cadre de la demande de certification que, d'une part, il y avait encore "*0 % d'actions de la catégorie A*", mais que, d'autre part (à la même date) cinq administrateurs représentaient (encore) les actions de la catégorie A au sein de Publi-T. Dans son Projet de décision, la CREG demandait expressément à ESO de remédier à cette situation confuse et de lui communiquer toute modification résultant de cette situation particulière.

Les informations complémentaires transmises par ESO dans ses courriers du 19 septembre et du 24 octobre 2012, et qui comprenaient plusieurs déclarations des actionnaires d'ESO,

[46] Intermixt est une fondation d'utilité publique active dans le secteur du gaz et de l'électricité en Belgique, et qui se concentre sur les intérêts du secteur public et des consommateurs. Intermixt est entre autres responsable de la promotion de la coopération entre les représentants du secteur public dans les intercommunales mixtes belges ainsi que de l'expression de leurs positions, de la tenue d'une concertation entre les représentants publics dans les intercommunales mixtes et les autres parties actives dans le secteur.

traitent des questions et remarques susmentionnées. Dans ce cadre, Publi-T déclare entre autres qu'un examen réalisé par ses conseillers juridiques démontre qu'"*aucun de nos actionnaires n'exerce un contrôle en commun sur Publi-T*" [traduction libre] (courrier de Publi-T à ESO du 19 septembre 2012). Dans un courrier du 24 octobre 2012 adressé à ESO, Publi-T confirme une nouvelle fois cet élément en déclarant ce qui suit : "*Aucun actionnaire ne détient une participation majoritaire dans ou n'a d'une autre manière le contrôle sur Publi-T.*" [traduction libre] En ce qui concerne le rôle d'Intermixt dans ce contexte, les documents complémentaires transmis (mémorandum des conseillers juridiques de Publi-T) stipulent qu'"*il n'est pas question d'actions collectives systématiques de la part de certains actionnaires de Publi-T par le biais d'Intermixt*". [traduction libre]

94. En outre, il découle des informations complémentaires transmises par le biais des courriers susmentionnés d'ESO que les informations contenues dans la demande de certification selon lesquelles le Holding communal ne détient plus d'actions de la catégorie A dans Publi-T sont à présent confirmées par les statuts de Publi-T, qui ont fait l'objet d'une modification le 25 septembre 2012. Suite à cette modification des statuts, le conseil d'administration de Publi-T a également été recomposé afin de tenir compte du fait que le Holding communal ne détient plus d'actions de la catégorie A dans Publi-T. La CREG prend acte de ces informations et déclarations complémentaires ainsi que de l'adaptation susmentionnée des statuts de Publi-T (tout comme de la recomposition de son conseil d'administration), dont il découle entre autres qu'aucun actionnaire de Publi-T n'exerce un contrôle sur cette société.

A.3. Publi-T : contrôle ou pouvoirs sur les entreprises exerçant une fonction de production et/ou de fourniture ?

95. Publi-T mentionne qu'elle est une société holding dont les actions dans le groupe Elia (à savoir dans ESO et la SA Elia Asset) sont son unique actif, et qu'elle n'a dès lors pas d'autres participations que celles dans ESO et Elia Asset. Publi-T confirme que par conséquent elle "*n'exerce aucun contrôle sur d'autres sociétés qu'Elia* [à savoir ESO en l'espèce] *et la SA Elia Asset qui sont actives dans la fourniture, la production ou le transport d'électricité et/ou de gaz naturel*" [traduction libre] ni aucun pouvoir, au sens de la troisième directive électricité, sur une entreprise exerçant une fonction de fourniture ou de production d'électricité et/ou de gaz naturel.

En réponse à la demande (répétée) de la CREG à ESO de fournir des informations sur les éventuelles participations que détiendraient les actionnaires de Publi-T dans les entreprises qui exercent une fonction de production ou de fourniture, Publi-T a initialement affirmé que l'exercice d'un contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant l'une des fonctions de production ou de fourniture d'électricité ou de gaz naturel n'est interdit que pour les personnes qui exerceraient directement "un quelconque pouvoir" sur Elia. Elle affirmait que le fait que les actionnaires de Publi-T exercent un quelconque pouvoir sur Publi-T n'est pas pertinent dans la mesure où cela ne leur donne aucun droit sur Elia. Publi-T affirmait qu'"*il [n'est] pas nécessaire que Publi-T fournisse des informations sur les éventuelles participations qu'elle [c'est-à-dire ses actionnaires] détient le cas échéant dans les producteurs ou fournisseurs*". [traduction libre]

Par conséquent, aucune information n'a été fournie concernant les éventuelles participations et/ou droits des actionnaires de Publi-T dans des producteurs ou fournisseurs d'électricité et/ou de gaz naturel.

96. ESO affirmait dès lors que, étant donné que Publi-T a annoncé qu'aucun de ses actionnaires n'exerce de contrôle sur elle au sens du règlement CE sur les concentrations, il ne convient pas d'examiner de plus près si ces sociétés exercent un contrôle au sens du règlement CE sur les concentrations ou "un quelconque pouvoir" au sens de la troisième directive électricité sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel.

97. Dans son Projet de décision, la CREG a déclaré prendre acte du point de vue d'ESO concernant sa lecture de l'article 9.1.b) de la troisième directive électricité, mais ne pas le partager toutefois. L'article 9.1.b) de la troisième directive électricité ne peut être lu que dans le sens où les mentions "*direct ou indirect*" ont trait à la fois à l'exercice du contrôle et à l'exercice d'un quelconque pouvoir. L'objectif des exigences de dissociation de la propriété est en effet d'obtenir une séparation effective entre la production et/ou les activités de fourniture, d'une part, et les activités du gestionnaire de réseau, d'autre part, afin d'éviter ainsi tout conflit d'intérêts éventuel. L'interprétation défendue par ESO impliquerait que des entreprises qui exerceraient par exemple un droit de vote sur une entreprise d'électricité ou de gaz, en plus du contrôle sur un TSO, pourraient simplement contourner les règles d'interdiction en exerçant (indirectement) ce droit de vote par le biais d'une filiale. Les règles d'interdiction seraient ainsi, au moins partiellement, écornées et il ne serait plus question de séparation effective entre la production et/ou les activités de fourniture et les activités de gestion du réseau, comme visé par le troisième paquet énergie. La note interprétative de la

Commission européenne relative au régime de dissociation confirme également que l'exercice indirect d'un quelconque pouvoir relève des règles d'interdiction[47] :

> *"In practice the requirements of Article 9(1)(b) Electricity and Gas Directives can be complied with as follows.*
>
> *A supplier can keep a direct or indirect shareholding in a network operator or in a network system, provided the following cumulative conditions are met:*
>
> *(I) this shareholding does not constitute a majority share,*
>
> *(ii) the supplier does not directly or indirectly exercise any voting rights as regards his shareholding,*
>
> *(iii) the supplier does not directly or indirectly exercise the power to appoint members of bodies legally representing the network operator or the network system such as the supervisory board or the administrative board, and*
>
> *(iv) the supplier does not directly or indirectly have any form of control over the network operator or the network system.*
>
> *[...]*
>
> *Similar rules apply in case of the presence of a parent company, such as a holding company: a parent company is not entitled to exercise control over a supplier, and directly or indirectly exercise control or exercise any right over a TSO or over a transmission system. […]" (soulignage ajouté)*

Compte tenu de la mention explicite du contrôle direct ou indirect au point (iv), il est clair que les autres mentions "*direct or indirect*" ont trait à l'exercice d'un quelconque pouvoir au sens de l'article 9.2 de la troisième directive électricité.

A la lumière également de la position prise par la Commission européenne dans la note interprétative précitée, la CREG a estimé dans son Projet de décision que les actionnaires peuvent aussi avoir un quelconque pouvoir indirect sur ESO, et que leurs éventuelles participations dans les fournisseurs/producteurs d'électricité et/ou de gaz naturel doivent par conséquent être aussi examinées.

98. Dans son Projet de décision, la CREG a toutefois été contrainte de constater que, dans le cadre de la demande de certification, il lui a été refusé de lui transmettre ces informations, en partie parce que Publi-T estimait que les règles d'interdiction reprises dans

[47] Commission staff working paper, Interpretative note on Directieve 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, "the unbundling regime", p. 9.

la troisième directive électricité ne concernent pas les personnes exerçant “indirectement” un quelconque pouvoir sur un GRT.

99. Dans son avis du 8 octobre 2012, la Commission européenne a confirmé comme suit l’interprétation de la CREG concernant cette exigence en matière de dissociation (voir le point 96): “*La Commission souligne que, conformément à l’article 9, alinéa 1er, point b), i) de la directive électricité, une ou plusieurs mêmes personnes n’ont pas le droit d’exercer un contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant l’une des fonctions de production ou de fourniture, et d’exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport. Il ressort clairement du texte que les personnes exerçant indirectement un pouvoir sur un GRT, notamment par le biais des actionnaires de ce GRT, relèvent également du champ d’application de l’article 9, alinéa 1er, point b), i) de la directive électricité. Toute autre interprétation permettrait de contourner les règles de dissociation, plus particulièrement par la création de filiales.”* [traduction libre]

100. A la lumière de cette confirmation et des questions posées à ce sujet par la CREG dans son Projet de décision, ESO et son actionnaire de contrôle ont examiné de manière plus précise le respect des exigences en matière de dissociation. Dans le cadre de cet examen approfondi, ESO et Publi-T ont souligné entre autres, concernant les articles 23 et 26 des statuts de Publi-T, que l’article 26 des statuts de Publi-T dispose que “*le conseil d’administration de la SCRL Publi-T désigne les personnes que la SCRL Publi-T présente comme candidat pour le conseil d’administration et les comités d’ESO et d’Elia Asset.*” [traduction libre]. Selon Publi-T, il découle de cette formulation que “*ce droit n’appartient pas aux actionnaires, mais uniquement au conseil d’administration*” [traduction libre]. Dans un courrier du 19 septembre 2012, ESO insiste sur le fait que, pour tomber dans le champ d’application de l’article 9.1.c) de la directive électricité, le “*droit de désignation*” doit être exercé par l’actionnaire. Publi-T souligne également que l’article 26 des statuts de Publi-T ne constitue qu’une “*aspiration*” et n’est en aucun cas un “*engagement du conseil d’administration envers les actionnaires*” [traduction libre]. Par conséquent, Publi-T conclut ce qui suit à ce sujet : “*L’objectif selon lequel le conseil d’administration ‘aspirerait’ à cet équilibre […] ne [donne] aucunement aux actionnaires de Publi-T le droit de désigner un administrateur d’ESO ou d’Elia Asset.”* [traduction libre]

Dans un courrier du 24 octobre 2012 adressé à ESO, Publi-T a également déclaré à ce propos “*que Publi-T n’est une filiale d’aucun actionnaire. Aucun actionnaire ne détient de participation majoritaire dans ou n’exerce d’une autre manière un contrôle sur Publi-T. A défaut de contrôle, un actionnaire indirect ne peut pas imposer à Publi-T d’exercer un*

pouvoir pour le compte de l'actionnaire indirect et d'une manière définie par ce dernier. Ceci est uniquement possible si l'actionnaire en personne a un contrôle sur Publi-T, ce qui n'est pas le cas ici." [traduction libre]

La CREG prend acte des informations et déclarations complémentaires transmises par ESO après le Projet de décision de la CREG et l'Avis de la Commission européenne, dont il découle que les actionnaires individuels de Publi-T n'exercent aucun droit (indirect) dans ESO.

Conclusion concernant Publi-T :

101. Sur la base des informations et des déclarations transmises par ESO/Publi-T dans le cadre de la demande de certification et commentées sous ce titre, la CREG constate ce qui suit : Publi-T exerce un contrôle sur ESO (voir le point A.1), aucun actionnaire de Publi-T n'exerce un contrôle sur Publi-T (voir le point A.2), Publi-T n'exerce pas de contrôle ou de pouvoir sur des entreprises actives dans la fourniture ou la production d'électricité et/ou de gaz naturel (A.3).

Sur la base de ces éléments, la CREG conclut qu'il n'y a à l'heure actuelle pas de conflit avec les exigences en matière de dissociation dans le chef de Publi-T et de ses actionnaires. Cependant, afin de garantir à l'avenir le respect des exigences de dissociation de propriété, la CREG attache énormément d'importance à l'intention d'ESO de modifier les statuts d'ESO et d'Elia Asset.

102. A ce sujet, la CREG a demandé à ESO de modifier tant les statuts d'Elia Asset que ceux d'ESO afin de les rendre entièrement conformes aux exigences de dissociation de propriété prévue à l'article 9 de la troisième directive électricité, vu entre autres l'importance d'une application stricte des exigences en matière de dissociation pour le développement des activités d'ESO.

103. Suite à cette question formulée par la CREG et à la lumière de l'Avis de la Commission européenne, ESO s'est engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à adapter sur plusieurs points les statuts d'ESO et d'Elia Asset afin de les rendre conformes aux exigences de dissociation de propriété prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité, dont notamment un mécanisme de contrôle interne par le biais du comité de gouvernance d'entreprise d'ESO et d'Elia Asset (voir le titre 2.3 pour des détails complémentaires concernant cette modification des statuts). Dans le cadre du suivi de la présente décision de certification, la CREG contrôlera étroitement la mise en œuvre des

engagements susmentionnés. En outre, la CREG en assurera à l'avenir le suivi dans le cadre de sa mission de monitoring concernant le respect permanent des exigences en matière de dissociation par le gestionnaire du réseau de transport.

B. SA Publipart

B.1. Pas de contrôle de Publipart sur ESO ?

104. La SA Publipart est propriétaire de 3,16 % des actions d'ESO (dont toutes les actions de la catégorie A dans ESO).

105. Sur la base des éléments suivants, Publipart affirme qu'elle n'a pas de contrôle sur Elia (à savoir ESO en l'espèce) : vu sa participation limitée au capital (3,16 %), elle n'a pas le droit, sur la base des statuts, de proposer des candidats à la nomination en tant que membre du conseil d'administration (art. 13.5.2.), pas de droit de veto relatif aux décisions commerciales stratégiques d'ESO et encore moins un droit de veto relatif aux décisions de l'assemblée générale (art. 28.2.1.).

106. Sur la base de ces éléments, ESO affirme que l'on peut difficilement parler d'une influence déterminante de Publipart sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations, si bien qu'il n'est pas question de contrôle de Publipart sur ESO.

107. A ce propos, il convient de signaler, dans un souci d'exhaustivité, que les statuts d'ESO comportent une possibilité de blocage par le(s) titulaire(s) d'actions de la catégorie A (en l'espèce Publipart) concernant les décisions de l'assemblée générale relatives à une éventuelle dérogation au principe général de distribution des bénéfices. L'article 33.1 des statuts prévoit notamment : "[...] *85% du bénéfice distribuable du dernier exercice* [sont] *distribués sous forme de dividendes, sauf si l'assemblée générale décide de ne pas le faire, moyennant l'accord des titulaires des Actions de la catégorie A* [en l'espèce Publipart] *et des titulaires des Actions de la catégorie C* [en l'espèce Publi-T]". Un tel droit (de veto) limité à la possibilité de bloquer une dérogation au principe général de distribution des bénéfices peut néanmoins difficilement donner lieu à une influence déterminante, et par conséquent encore moins à un contrôle sur ESO, au sens du règlement CE sur les concentrations[48].

[48] Voir à ce sujet la page 18 de la communication consolidée de la Commission européenne sur les questions de compétence en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

108. La demande de certification fait cependant également état d'une déclaration de transparence relative à ESO faite par Publi-T et certaines sociétés du groupe Arco le 30 mars 2011 mentionnant que Publi-T agit en concertation commune avec Publilec - Publipart.

Publipart affirme toutefois que cette concertation commune entre Publi-T et Publilec - Publipart est jusqu'à ce jour "*sans objet et de facto inexistante*" [traduction libre].

Selon Publipart, cette mention dans la déclaration de transparence comporte une référence à la convention d'actionnaires relative à ESO qui a été conclue le 31 mai 2002 entre la SCRL Publi-T, la SA Electrabel, la SCRL CPTE, la SA SPE, ESO, la SA Elia Asset et l'Etat belge. Publipart affirme que cette convention d'actionnaires, en raison de *"la disparition des actionnaires historiques CPTE, Electrabel, SPE (...) est en fait devenue sans objet, mais* [n'est] *pas formellement terminée".* [traduction libre]

Dans le Projet de décision, la CREG a fait remarquer que cette convention d'actionnaires stipule [CONFIDENTIEL] qu' *"elle reste pleinement en vigueur entre les parties restantes*" [traduction libre] (dont Publi-T et, semble-t-il, Publipart, à laquelle les actions de SPE dans ESO ont été cédées en 2005). La CREG a indiqué que cette convention d'actionnaires prévoit entre autres qu'elle vise la recherche d'un consensus entre les actionnaires dans le processus décisionnel et prévoit la création d'un "Comité permanent de concertation" ([CONFIDENTIEL] de la convention d'actionnaires) composé nécessairement de deux représentants des titulaires d'actions de la catégorie A (ce qui, en l'espèce, semble se rapporter à Publipart) et des titulaires d'actions de la catégorie C (Publi-T en l'espèce).

109. Dans son Projet de décision, la CREG s'est interrogée quant à cette situation : elle estimait que l'existence de la convention d'actionnaires précitée, et en particulier la concertation qui y est prévue (via un "Comité permanent de concertation") (ce qui, selon la déclaration de transparence précitée, aurait trait à la concertation commune entre Publi-T et Publilec – Publipart), pouvait en effet indiquer une situation de contrôle en commun sur ESO.

110. Dans son Projet de décision, la CREG affirmait par conséquent que, dans tous les cas, si la convention d'actionnaires précitée est à ce jour "*sans objet et de facto inexistante*", comme le mentionne la demande de certification, et n'est par conséquent plus appliquée, il pourrait être mis formellement fin à cette convention d'actionnaires historique (qui date encore de la période précédant la dissociation) ; elle devrait d'ailleurs l'être selon elle,

compte tenu des imprécisions/doutes qu'elle suscite quant à sa compatibilité avec les exigences de dissociation.

111. Suite à cette remarque de la CREG, Publipart et Publi-T se sont engagées à ce sujet (dans leurs courriers respectifs du 17 septembre et du 18 septembre 2012 adressés à ESO) à renoncer définitivement à l'article [CONFIDENTIEL] précité [CONFIDENTIEL] de cette convention d'actionnaires et à ne jamais les appliquer. En outre, Publipart et Publi-T signalent qu'elles sont disposées à examiner si et dans quelle mesure d'autres dispositions de la convention d'actionnaires doivent être conservées et soulignent également que les dispositions qui doivent éventuellement être conservées ne pourront en aucun cas entraîner un contrôle en commun.

112. La CREG prend acte de cet engagement de Publipart et de Publi-T. Elle suivra étroitement la mise en œuvre de cet engagement, tant dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de la présente décision de certification que dans le cadre de sa mission de monitoring relatif au respect permanent des exigences en matière de dissociation par le gestionnaire du réseau de transport.

B.2. Contrôle sur Publipart : Publilec – Tecteo

113. Publipart annonce être contrôlée par son actionnaire la SCRL Publilec (ci-après également dénommée "Publilec"), qui détient 64,93 % des actions dans Publipart. Les autres actions dans Publipart sont détenues par la SA Socofe (12,92 %), VEH (5,55 %), Ethias (0,57 %) et la banque Dexia (à présent Belfius Banque) (16,03 %).

114. Suite à la demande de la CREG de signaler qui a le contrôle final sur les actionnaires d'ESO et en l'espèce Publipart, la CREG a été informée du fait que l'intercommunale Publilec est à son tour contrôlée par son actionnaire majoritaire, le groupe intercommunal TECTEO scirl (qui détient 58,7 % du capital social et [CONFIDENTIEL] des actions bénéficiaires) (ci-après également dénommée Tecteo). Ce contrôle est exercé de droit.

Il ressort des informations et déclarations complémentaires fournies par le biais d'un courrier du 16 novembre 2012 de Publipart adressé à ESO que l'intercommunale wallonne Tecteo rassemble 76 communes wallonnes dans son actionnariat, ainsi que la province de Liège, la Région wallonne, BRUTELE et AIEG (Association Intercommunale d'étude et d'exploitation d'Electricité et de Gaz). Il ressort également de ce courrier que la province de Liège est,

avec une participation majoritaire [CONFIDENTIEL], l'actionnaire de contrôle de Tecteo (et est le seul de ce genre). La part des autres actionnaires de Tecteo (autres que la province de Liège) ne leur permettent pas d'exercer un quelconque contrôle sur Tecteo.

B.3. Publipart et ses actionnaires de contrôle : contrôle ou pouvoir sur les entreprises qui exercent une fonction de production et/ou de fourniture ?

B.3.1. Publipart

115. En conséquence de ce qui est exposé ci-dessus au point B.1, ESO conclut que Publipart n'exerce pas de contrôle sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations, mais a bien la compétence d'exercer un droit de vote au sein (de l'assemblée générale) d'ESO, si bien qu'elle peut être réputée exercer un "quelconque pouvoir" sur ESO au sens de la troisième directive électricité.

116. Publipart déclare sur ce point qu'elle n'exerce "*aucun contrôle sur quelque producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel que ce soit*" et qu'elle "*ne détient aucune participation ou autres intérêts, ni n'exerce un "quelconque pouvoir" au sens de la directive électricité sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel*".[traduction libre]

Il ressort des comptes annuels 2011 de Publipart qu'elle ne détient pas elle-même de participations directes dans des producteurs ou fournisseurs.

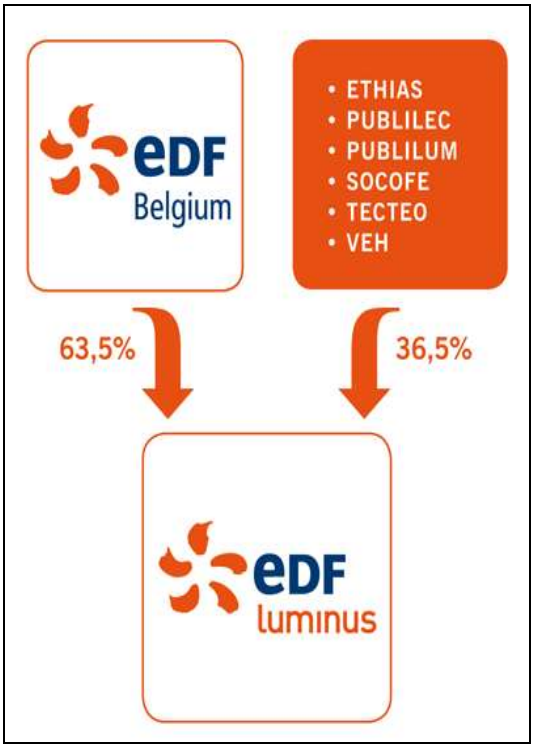
B.3.2. Publilec

117. Comme il est certain que Publilec détient un quelconque pouvoir sur ESO, bien qu'indirectement via sa filiale Publipart, il convient d'examiner si elle exerce un contrôle sur des entreprises exerçant une fonction de fourniture et/ou de production d'électricité et/ou de gaz.

118. Il ressort des informations fournies par Publipart à ESO que l'actionnaire la contrôlant directement, Publilec, détient "*24,81 % dans le producteur/fournisseur* [SA] *EDF Luminus*" (ci-après : EDF Luminus).

Il a fallu constater dans le Projet de décision que des informations contradictoires sur la structure de contrôle sur EDF-Luminus avaient été fournies dans le cadre de la demande de certification.

En effet, il était initialement mentionné que Publilec exerce sur EDF Luminus un "*contrôle en commun avec les autres actionnaires minoritaires belges concernant certaines décisions relatives au pay-out des bénéfices et à la création/fermeture de sites, ...*" [traduction libre] Les autres actionnaires minoritaires belges dans EDF Luminus sont : Ethias (0,22 %), Publilum (5,34 %), Socofe (4,94 %), Tecteo (0,10 %)[49] et VEH (1,06 %), ce qui correspond à 36,5 % détenus par ces actionnaires minoritaires belges.



Source : site Internet d'EDF Luminus

119. Par la suite, en réponse à une demande de la CREG visant à obtenir des informations complémentaires au sujet du "*contrôle en commun concernant certaines décisions*" sur EDF Luminus, Publilec a répondu qu'il y avait probablement eu un malentendu sur ce point et a déclaré : "*Si PUBLILEC peut effectivement faire valoir certains droits en tant qu'actionnaire dans EDF Luminus afin de protéger sa participation (tel que, entre autres, le pay-out des bénéfices et la création/fermeture de sites), cela ne lui confère aucunement un contrôle au sens du règlement CE sur les concentrations*" [traduction libre].

[49] Tecteo exerce à son tour un contrôle sur Publilec (voir point 114).

Publilec ajoute que la Commission européenne l'a confirmé expressément dans le cadre de la notification faite par EDF en 2009 de son acquisition de Segebel, par laquelle EDF a acquis le contrôle de SPE Luminus (dénommée EDF-Luminus depuis septembre 2010) : "*La Commission européenne a prévu expressément que le contrôle d'EDF sur SPE Luminus était un contrôle exclusif et qu'il n'était pas question d'un quelconque contrôle en commun avec quelque autre actionnaire direct ou indirect.*"[50] [traduction libre]. Dans ce cadre, Publilec renvoie à la décision de la Commission européenne dans l'affaire N° COMP/M.5549 – EDF/SEGEBEL.

120. Dans son Projet de décision, la CREG n'a pu que constater que le dossier de certification soumis comportait des informations contradictoires sur ce point (voir annexe 4.3 des informations complémentaires soumises le 29 juin 2012 et le FORM OU actualisé qui a été soumis par ESO à la même date).

121. Il découle de l'article 21 des statuts d'EDF Luminus [VERTROUWELIJK [51]] que les titulaires d'actions de la catégorie A (à savoir les actionnaires minoritaires belges) ont un droit de veto concernant certaines décisions stratégiques, étant donné que ces décisions requièrent l'approbation de la majorité des administrateurs des actionnaires de la catégorie A. Il ressort donc de ce qui précède que, comme l'a indiqué ESO dans le dossier de certification, Publilec et d'autres actionnaires exercent un contrôle en commun sur EDF Luminus au sens du règlement CE sur les concentrations[52].

122. La CREG a donc été contrainte de constater dans son Projet de décision que les exigences en matière de dissociation reprises à l'article 9.1.b), i) de la troisième directive électricité n'étaient, à première vue, pas remplies.

123. Par courriers du 19 septembre et du 24 octobre 2012, ESO a fourni des informations complémentaires concernant cette problématique. Ces informations complémentaires comprennent entre autres un courrier du 17 septembre 2012 de Publipart à ESO dans lequel

---

[50] Dans ce cadre, il est fait référence à la décision de la Commission européenne dans l'affaire N° COMP/M.5549 – EDF/SEGEBEL.

[51] [CONFIDENTIEL]

[52] Voir également les pages 18-19 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

elle communique à ESO ses constats découlant d'un examen effectué par ses conseillers juridiques. Publipart déclare ce qui suit à ce sujet : "*il [apparaît] clairement qu'EDF Belgium SA exerce un contrôle exclusif sur EDF Luminus et que Publilec et Tecteo n'exercent par conséquent pas de contrôle (en commun) sur EDF Luminus"* [traduction libre]. Par conséquent, Publilec conclut "*que si Publilec et Tecteo exercent indirectement un quelconque pouvoir sur ESO, ceci n'est pas contraire aux exigences de dissociation totale de la propriété"* [traduction libre]. La CREG prend acte de ces informations et déclarations complémentaires dont il ressort que la participation de Publilec avec d'autres actionnaires (dont Tecteo) ne leur procure pas de contrôle en commun sur EDF Luminus et qu'il n'y a par conséquent pas de conflit avec les exigences en matière de dissociation au sens de l'article 9.1.b), i) de la troisième directive électricité.

B.3.3. Tecteo et la province de Liège

124. En outre, suite à une demande de la CREG d'obtenir des informations complémentaires de la part de Publipart, il a été déclaré ce qui suit concernant son actionnaire de contrôle Tecteo : "*Nous pouvons donc confirmer que TECTEO n'exerce pas de contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant une fonction de production ou de fourniture d'électricité/gaz naturel.*" [traduction libre].

Il convient de faire remarquer que Tecteo détient elle-même une participation directe de 0,10 % du nombre total d'actions dans le producteur/fournisseur EDF-Luminus et une participation indirecte de 24,81 % via sa filiale Publilec.

125. Publipart affirme cependant dans les annexes au dossier comportant des informations complémentaires soumises le 29 juin 2012 que "*cette participation directe et indirecte de TECTEO dans EDF Luminus est une simple participation minoritaire qui ne lui confère aucune forme de contrôle au sens du règlement CE sur les concentrations* […]".[traduction libre].

126. En réponse à la demande de la CREG de lui fournir de plus amples informations concernant les participations de Tecteo, Publipart signale dans un courrier du 8 novembre 2012 adressé à ESO que Tecteo détient encore des participations dans les entreprises suivantes au sein du secteur de l'électricité (en plus des participations minoritaires dans EDF Luminus mentionnées ci-dessus) : S.A. Socofe, Promocell S.A., Sitrad S.A. et S.A. Intermosane. Promocell S.A.et Sitrad S.A. sont toutes deux des sociétés

en liquidation et ont mis un terme à leurs activités. Dans le courrier précité, Publipart déclare à ce sujet que Tecteo "[n'a] *aucune forme de contrôle sur Socofe*" par le biais de sa participation minoritaire de 32,27 %, et concernant sa participation minoritaire de 13,9 % dans Intermosane, "*ni les statuts d'Intermosane, ni une quelconque convention d'actionnaires [n'octroient] à Tecteo la possibilité d'exercer une quelconque forme de contrôle sur Intermosane".*

127. Il convient de signaler également que Tecteo a, selon ses statuts, entre autres pour objet : "*L'étude, l'établissement et l'exploitation de services publics de distribution d'énergie électrique, c'est-à-dire la production, l'achat, la fourniture et la distribution, par tous les moyens quelconques, soit aux particuliers, soit aux administrations publiques* (…)."[53]. Il ressort de son rapport annuel 2011 que la société est impliquée dans le développement de projets relatifs aux énergies renouvelables[54], dont des centrales hydroélectriques sur les cours d'eau wallons[55].

Concernant les activités propres de Tecteo, le courrier précité du 8 novembre 2012 de Publipart mentionne ce qui suit :

"*Conformément à l'article 8, paragraphe 1 du Décret de la Région wallonne du 12 avril 2011 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, Tecteo* [est] *autorisée à produire de l'électricité provenant de sources renouvelables. Cependant, l'électricité verte produite peut uniquement servir pour la consommation propre et/ou afin de compenser les propres pertes de réseau. Malgré l'autorisation légale de produire de l'électricité verte, Tecteo n'a à l'heure actuelle aucune activité de production."*[traduction libre]

"*Les centrales hydro-électriques historiques, gérées par le passé par SOCOLIE, sont à présent louées à EDF Luminus. Cette société est l'exploitant actuel de ces centrales électriques. Bien que Tecteo ait entrepris plusieurs tentatives de construction de parcs éoliens, elle ne dispose pas encore d'un projet complet autorisé.*

---

[53] La version néerlandaise de la présente décision comprend une traduction en néerlandais de ce passage.

[54] Ces informations n'indiquent toutefois pas clairement si Tecteo est elle-même responsable ou non de projets d'énergie renouvelable (à savoir des éoliennes) ou si elle est indirectement impliquée en tant qu'"intermédiaire" ou via des "contrats de coopération".

[55] Le site Internet de Tecteo mentionne en autre ce qui suit sur ce point : *"Historiquement issu de la fusion par absorption de la Socolie par TECTEO, le 30 novembre 2006, TECTEO Energy est, au sein de l'intercommunale, le secteur de production d'énergie à partir de sources d'énergie renouvelable. Aujourd'hui, il se concentre principalement sur les centrales hydroélectriques implantées sur les cours d'eau wallon. […] De par sa nature publique, le groupe TECTEO affiche d'ailleurs une volonté réelle de continuer sa participation dans des études et dans la concrétisation de projets de développement de moyens de production d'énergie renouvelable, éventuellement en partenariat avec ses associés. […] Ainsi, d'importantes études de rentabilité économique et d'opportunité sur certains sites en Région wallonne sont actuellement en cours en vue de développer d'autres projets de production d'énergie renouvelable."*

Les activités de Tecteo en matière d'énergie solaire se limitent (i) aux installations de panneaux solaires sur le toit de son propre bâtiment dans le cadre duquel l'énergie produite est utilisée à des fins propres sans livraison à des tiers ; et (ii) la mise à disposition d'expertise et l'assistance aux communes wallonnes souhaitant construire des parcs de panneaux solaires." [traduction libre]

128. Sur la base de ces éléments, Publipart affirme que "*Tecteo n'est pas un producteur ou fournisseur d'électricité.*" [traduction libre]

129. En outre, concernant l'actionnaire de contrôle de Tecteo, la province de Liège, Publipart déclare dans son courrier du 16 novembre 2012 adressé à ESO que "*la province de Liège n'exerce ni directement ni indirectement un contrôle sur un producteur et/ou fournisseur d'électricité ou de gaz naturel*". [traduction libre]

La CREG prend acte de ces déclarations dont il découle qu'il n'y a pas à l'heure actuelle de conflit avec les exigences de dissociation de l'article 9 de la troisième directive électricité.

De surcroît, la CREG signale que si Tecteo était amenée à l'avenir à exercer des activités de fourniture/production, il conviendrait évidemment d'examiner si ceci n'engendre pas de situation contraire aux exigences de dissociation de propriété, dans la mesure où Tecteo dispose indirectement (via son contrôle sur Publilec, qui contrôle à son tour Publipart) d'un quelconque pouvoir sur ESO. La CREG contrôlera ce point dans le cadre du suivi de la présente décision de certification ainsi qu'à l'avenir dans le cadre de sa mission de monitoring.

Conclusion concernant Publipart :

130. Sur la base des informations et des déclarations fournies par ESO/Publipart dans le cadre de la demande de certification et commentées sous ce titre, la CREG constate ce qui suit : Publipart n'exerce pas de contrôle sur ESO, également à la lumière de l'engagement selon lequel elle renonce définitivement à l'article 8.1 et à l'article 8.2.1 de la convention d'actionnaires du 31 mai 2002 (voir le point B.1). En outre, la CREG constate sur la base de ces informations et déclarations que Publipart est contrôlée par Publilec, qui est à son tour contrôlée par Tecteo (voir le point B.2), que Publipart n'exerce aucun contrôle ou pouvoir sur un producteur et/ou fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel (voir le point B.3.1) et que Publilec et Tecteo n'exercent pas davantage de contrôle sur un producteur et/ou fournisseur d'électricité et/ou de gaz (voir les points B.3.2 et B.3.3).

Sur la base de ces éléments, la CREG conclut qu'il n'y a actuellement aucun conflit avec les exigences en matière de dissociation dans le chef de Publipart et de ses actionnaires de contrôle. Cependant, afin de garantir à l'avenir le respect des exigences de dissociation de propriété, la CREG accorde une grande importance à l'intention d'ESO de modifier les statuts d'ESO et d'Elia Asset.

Entre autres vu l'importance d'une application stricte des exigences en matière de dissociation pour le développement des activités d'ESO, la CREG a dans ce cadre demandé à ESO de modifier tant les statuts d'Elia Asset que ceux d'ESO afin qu'ils soient entièrement conformes aux exigences de dissociation de la propriété prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité.

Suite à cette question formulée par la CREG et à la lumière de l'Avis de la Commission européenne, ESO s'est engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à adapter sur plusieurs points les statuts d'ESO et d'Elia Asset afin de les rendre conformes aux exigences de dissociation de propriété prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité, dont notamment un mécanisme de contrôle interne par le biais du comité de gouvernance d'entreprise d'ESO et d'Elia Asset (voir le titre 2.3 pour des détails complémentaires concernant cette modification des statuts), et de soumettre ces statuts modifiés pour approbation lors de leur assemblée générale des actionnaires.

Dans le cadre du suivi de la présente décision de certification, la CREG contrôlera de près la réalisation des engagements susmentionnés. En outre, la CREG en assurera à l'avenir le suivi dans le cadre de sa tâche de monitoring concernant le respect permanent des exigences en matière de dissociation par le gestionnaire du réseau de transport.

C. Le groupe ARCO

C.1. Pas de contrôle du groupe ARCO sur ESO

131. Un certain nombre de sociétés du groupe Arco (ci-après également dénommé Arco) détiennent une participation dans Elia System Operator, à savoir : la SCRL Arcopar (4,41 %), la SCRL Arcoplus (0,31 %), la SCRL Arcofin (0,38 %), la SA Auxipar (1,14 %), la SA Arcosyn (0,24 %) et la SCRL Interfinance (0,22 %)[56] ; ces sociétés du groupe Arco

[56] Il convient de signaler que les sociétés suivantes du groupe Arco, qui détiennent des participations au capital d'ESO, sont actuellement en liquidation : la SCRL Arcopar, la SCRL Arcoplus, la SCRL Arcofin et la SA Arcosyn.

détiennent conjointement 6,72 % des actions d'ESO, via le free float. Il s'agit uniquement d'actions de la catégorie B.

132. Ces sociétés du groupe Arco, qui détiennent conjointement seulement 6,72 % des actions d'ESO (uniquement des actions B), n'ont pas, sur la base des statuts, de droit de veto concernant les décisions commerciales stratégiques d'ESO.

133. ESO affirme que l'on ne peut par conséquent pas parler d'une influence déterminante au sens du règlement CE sur les concentrations, des sociétés précitées sur ESO, si bien qu'il n'est pas question de contrôle (de ces sociétés) du groupe Arco sur ESO. Le groupe Arco a également confirmé sur ce point à ESO que "*les sociétés du groupe Arco* [n'exercent] *actuellement pas de contrôle sur Elia au sens du règlement sur les concentrations*". [traduction libre].

134. La déclaration de transparence concernant ESO établie par la SCRL Publi-T et certaines sociétés du groupe Arco (à savoir la SCRL Arcofin, la SCRL Arcoplus, la SA Arcosyn, la SCRL Interfinance, la SCRL Arcopar et la SA Auxipar) mentionne cependant que Publi-T agit en concertation commune avec ces sociétés.

135. A la demande de la CREG, Publi-T lui a transmis une copie de la convention d'actionnaires qu'elle a conclue avec Arco le 24 mars 2011 en vue d'une concertation commune. [

CONFIDENTIEL

]

136. Ce qui est établi dans cette convention d'actionnaires ne semble pas conférer au groupe Arco une influence déterminante sur ESO. [
CONFIDENTIEL] si la participation totale du groupe Arco dans ESO [
CONFIDENTIEL], Arco n'est plus compétent pour proposer un administrateur.

C.2. Contrôle sur les sociétés du groupe ARCO

137. Le groupe ARCO annonce que l'actionnariat des sociétés du groupe ARCO est très dispersé[57] et que "aucune société n'exerce actuellement de contrôle sur Arcopar (SCRL), *Arcofin* (SCRL), *Arcoplus* (SCRL), *Arcosyn* (SA), *Auxipar* (SA) *ou Interfinance* (SCRL)", la notion de "*contrôle*" devant être comprise "*au sens du règlement CE sur les concentrations*". [traduction libre]

C.3. Groupe Arco : contrôle ou pouvoir sur les entreprises exerçant une fonction de fourniture et/ou de production

138. En conséquence de ce qui est exposé au point C.1, ESO conclut que le groupe Arco n'exerce pas de contrôle sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations, mais a bien la compétence d'exercer un droit de vote au sein (de l'assemblée générale) d'ESO, si bien qu'elle peut être réputée exercer un "quelconque pouvoir" sur ESO au sens de la troisième directive électricité.

139. Le groupe Arco déclare que les sociétés de son groupe "*n'ont pas de contrôle sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel au sens du règlement sur les concentrations* [à savoir en l'espèce le règlement CE sur les concentrations]" [traduction libre]. Il déclare également que "*la SCRL Arcopar en liquidation, la SCRL Arcofin en liquidation, la SA Arcosyn en liquidation, la SCRL Arcoplus en liquidation et Interfinance (SCRL)* n'exercent *pas de ' quelconque pouvoir ' au sens de la directive électricité sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel".*[traduction libre].

140. A ce sujet, Arco mentionne que seule "*la SA Auxipar* [exerce] *un 'quelconque pouvoir' au sens de la directive électricité sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel" via sa participation de 0,00087 % dans GDF Suez*".[traduction libre].

141. Sur la base de ce qui précède, la CREG a estimé dans son Projet de décision que, compte tenu de l'absence de contrôle d'Arco sur ESO, comme exposé au titre C.1, cette

[57] Selon les informations mentionnées sur le site Internet du groupe Arco, elle a plus de 800.000 sociétés particulières et de nombreuses sociétés de référence, notamment les organisations sociales liées à l'ACW.

participation minimale d'Auxipar dans GDF Suez (0,00087 %) ne pose aucun problème du point de vue des exigences de dissociation prévues à l'article 9.1., b) de la troisième directive électricité.

Néanmoins, la CREG a été contrainte de constater dans son Projet de décision qu'un éventuel problème se pose en revanche concernant l'article 9.1.c) de la troisième directive électricité, étant donné que, d'une part, le groupe Arco dispose de la compétence de proposer un membre du conseil d'administration d'ESO [CONFIDENTIEL] et que, d'autre part, il détient une participation (très) limitée dans GDF Suez (et donc un "quelconque pouvoir").

Les informations complémentaires fournies par ESO dans ses courriers du 19 septembre et du 24 octobre 2012 abordent les remarques précitées formulées par la CREG dans son Projet de décision. Ces informations complémentaires contiennent entre autres un courrier d'Auxipar à ESO daté du 13 septembre 2012 dans lequel Auxipar signale qu'elle "*n'a exercé par le passé, ni en personne ni par procuration, un quelconque droit d'associé à l'assemblée générale ou autre, lié à sa participation dans GDF Suez .*" [traduction libre]

142. En outre, la S.A. Auxipar s'engage formellement dans ce courrier [traduction libre de l'engagement exprimé en néerlandais (voir note en bas de page)] : "*à l'avenir, à ne pas non plus exercer de droit d'associé lié à sa participation dans GDF Suez ; elle s'abstiendra par conséquent de toute participation dans la prise de décision dans GDF Suez. Cet engagement vaut tant et pour autant que (i) le groupe Arco ait le droit de proposer un administrateur dans le conseil d'administration d'ESO, et (ii) que la S.A. Auxipar fasse partie du groupe Arco. Par conséquent, dès que l'une de ces conditions n'est plus remplie, l'engagement devient caduc.*"[58]

En outre la S.A. Auxipar souligne que le groupe Arco "(*ne pourra plus exercer ou) n'exercera plus à court ou à moyen terme*" [traduction libre] sa compétence de proposer un administrateur dans ESO, et ce, en raison de la diminution de sa participation dans ESO.

[58] Traduction libre de : "*ook in de toekomst geen gebruik te maken van de lidmaatschapsrechten verbonden aan haar participatie in GDF Suez en zal zij zich derhalve onthouden van elke deelname aan de besluitvorming in GDF Suez. Deze verbintenis geldt zolang en in zoverre (i) de Arco Groep het recht heeft om een bestuurder in de raad van bestuur van ESO voor te dragen, en (ii) Auxipar NV deel uitmaakt van de Arco Groep, en komt derhalve automatisch te vervallen indien één van beide voorwaarden niet langer vervuld is".*

143. La CREG prend acte de ces déclarations et de l'engagement susmentionné de la S.A. Auxipar et assurera le contrôle de la mise en œuvre de cet engagement dans le cadre du suivi de la présente décision de certification.

Conclusion concernant le groupe Arco :

144. Sur la base des informations et des déclarations fournies par ESO/Auxipar dans le cadre de la demande de certification et commentées sous ce titre, la CREG constate ce qui suit : Arco n'exerce pas de contrôle sur ESO (voir le point C.1), aucun actionnaire d'Arco n'exerce de contrôle sur Arco (voir le point C.2), Arco (via Auxipar) n'exercera pas ses droits d'associé liés à sa participation dans GDF Suez (voir le point A.3).

Sur la base de ces éléments, la CREG conclut qu'il n'y a actuellement pas de conflit avec les exigences en matière de dissociation dans le chef d'Arco et de ses actionnaires. Cependant, afin de garantir à l'avenir le respect des exigences de dissociation de propriété, la CREG accorde une grande importance à l'intention d'ESO de modifier les statuts d'ESO et d'Elia Asset.

La CREG attache en particulier beaucoup d'importance à l'intention d'ESO de garantir une application stricte des exigences de dissociation de propriété par le biais de la modification des statuts d'ESO et d'Elia Asset (voir le titre 2.3) afin de les rendre conformes aux exigences de dissociation de la propriété prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité, dont notamment un mécanisme de contrôle interne.

Dans le cadre du suivi de cette décision de certification, la CREG contrôlera également le respect de l'engagement précité d'Auxipar.

D. Les autres titulaires d'actions cotées en bourse, à savoir les actions de la catégorie B (à l'exception du groupe Arco, Publi-T et Publipart)

D.1. Pas de contrôle sur ESO dans le chef des autres titulaires d'actions de la catégorie B

145. La majorité des actions d'ESO, à savoir 51,47 % (à la date d'introduction du dossier), sont cotées en bourse. Cela concerne uniquement les actions de la catégorie B, lesquelles sont dématérialisées. Comme discuté au point C ci-dessus, 6,72 % de ces actions sont

détenues par le groupe ARCO (qui en a fait mention dans la déclaration sur la transparence) (voir tableau du point 82).

146. Ces autres titulaires d'actions de la catégorie B cotées en bourse (à l'exception donc du groupe Arco, Publi-T et Publipart) ne sont connus que dans la mesure où ils ont fait une notification en application de la loi sur la transparence ou dans la mesure où ils ont demandé la conversion de leurs actions en actions nominatives, inscrivant leurs actions au registre des actionnaires.

147. Etant donné que tous les titulaires d'actions cotées en bourse avec une participation de plus de 5 % se sont engagés à faire une notification au sens de la loi sur la transparence (une obligation qui est sanctionnée pénalement), la probabilité qu'il existe encore de tels "grands" actionnaires dans ESO est très faible.

Dans sa demande de certification, ESO indique que, vu ce qui précède, elle ne peut dès lors prendre en compte les données relatives aux actionnaires de la catégorie B qu'elle ne connaît pas pour vérifier leur contrôle (éventuel) sur ESO.

148. ESO mentionne en outre qu'il ressort des réponses qu'elle a reçues de quelques actionnaires suite à sa lettre envoyée à tous les titulaires d'actions de la catégorie B qu'elle connaît, que ces actionnaires n'exercent pas de contrôle sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations.

149. ESO indique dans ce cadre que les titulaires d'actions de la catégorie B qu'ESO connaît et qui ont omis de transmettre les informations demandées par ESO (dont la réponse à la question de savoir si l'actionnaire en question exerce un contrôle ou non sur ESO au sens du règlement CE sur les concentrations), ne représentent conjointement que 0,003 % du nombre total d'actions dans ESO.

150. Vu le nombre limité d'actions détenues dans ESO par les actionnaires précités et vu le fait que ces actionnaires n'ont pas de droits de veto sur la base des statuts en ce qui concerne les décisions commerciales stratégiques d'ESO, on peut difficilement parler d'influence déterminante, au sens du règlement CE sur les concentrations, par un des actionnaires précités sur ESO. La probabilité qu'il soit question de contrôle d'un de ces actionnaires sur ESO est dès lors (presque) inexistante.

D.2. Les autres actionnaires de la catégorie B : contrôle ou pouvoir sur des producteurs ou fournisseurs

151. Les actionnaires de la catégorie B ont la compétence d'exercer leur droit de vote au sein de (l'assemblée générale d') ESO, si bien qu'ils peuvent être considérés comme exerçant un "quelconque pouvoir" sur ESO au sens de la directive électricité. En ce qui concerne les autres actionnaires de la catégorie B, on ne peut tenir compte que des actionnaires précités qui sont connus (d'ESO) en raison du fait qu'ils ont fait une notification dans la cadre de la loi sur la transparence ou qu'ils ont fait convertir leurs actions en actions nominatives.

152. ESO annonce qu'elle a demandé par écrit aux actionnaires de la catégorie B qu'elle connaît de vérifier s'ils exercent un contrôle (direct ou indirect) au sens du règlement CE sur les concentrations ou un "quelconque pouvoir" au sens de la directive électricité sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel, ou s'ils sont contrôlés par une société qui exerce un tel contrôle ou "quelconque pouvoir" sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel. Les actionnaires de la catégorie B qui ont répondu à cette lettre ont informé ESO du fait qu'ils n'exercent aucun contrôle au sens du règlement CE sur les concentrations ni un "quelconque pouvoir" au sens de la directive électricité sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel.

153. ESO ajoute dans la demande de certification qu'en ce qui concerne les actionnaires de la catégorie B qui ne sont pas soumis à l'obligation de notification au sens de la loi sur la transparence (ou qui s'inscrivent dans ce cadre, mais ont omis de faire cette notification) ou qui n'ont pas demandé la conversion de leurs actions en actions nominatives, elle ne peut s'assurer du fait que ces actionnaires n'exercent aucun contrôle ni un "quelconque pouvoir" sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel ou qu'ils sont contrôlés par une société qui exerce un tel contrôle ou "quelconque pouvoir" sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz naturel.

<u>Conclusion concernant les autres actionnaires des actions B cotées en bourse</u>

154. En ce qui concerne les autres actionnaires des actions cotées en bourse (actions B), en particulier étant donné : (i) la possession très diffuse de ces actions cotées en bourse (seul Arco possède plus de 5 %), (ii) l'obligation (sanctionnée pénalement) de la loi sur la transparence de faire une notification lorsque l'on acquiert une participation au capital d'une entreprise supérieure à 5 % et (iii) ces titulaires d'actions B n'ont pas de droits particuliers

sur la base des statuts, il découle des informations contenues dans la demande de certification qu' en ce qui concerne ces actionnaires aucun problème ne semble se poser du point de vue des exigences de dissociation.

A ce sujet, la CREG demande à ESO de l'informer de toutes les déclarations en application de la loi sur la transparence et de toute autre modification pertinente en la matière. La CREG suivra cela dans le cadre de son monitoring permanent relatif au respect des exigences de dissociation.

En outre, la modification des statuts d'ESO et d'Elia Asset prévoira que toute notification en application de la loi sur la transparence sera accompagnée d'une confirmation dans le chef de l'actionnaire selon laquelle les exigences en matière de dissociation sont respectées (voir le titre 2.3).

2.2. Règles d'interdiction en matière d'appartenance simultanée à certains organes du TSO et certains organes d'entreprises exerçant une fonction de production et/ou de fourniture d'électricité (art. 9.1.d) de la troisième directive électricité)

155. L'article 9.1.d) de la troisième directive électricité interdit d'être membre du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou des organes représentant légalement l'entreprise à la fois d'une entreprise assurant une fonction de production et/ou de fourniture d'électricité et d'un gestionnaire de réseau de transport

156. Afin de pouvoir contrôler si cette condition de dissociation est satisfaite, la CREG a demandé à ESO des informations complémentaires concernant tous les mandats des membres du conseil d'administration d'ESO et d'Elia Asset, ainsi que des membres de tout autre organe représentant légalement ces entreprises, comme les comités de direction d'ESO et Elia Asset.

157. Comme mentionné au point 54, les conseils d'administration et les comités de direction d'ESO et Elia Asset sont composés de manière totalement identique (et cette composition identique est exigée par l'article 9bis, §3, de la loi électricité). En outre, il ressort des informations contenues dans la demande de certification que les comités consultatifs des deux sociétés sont actuellement composés de manière identique.

2.2.1 Membres du comité de direction d'ESO et d'Elia Asset

158. Les comités de direction d'ESO et Elia Asset sont composés de manière identique et comptent chacun sept membres, selon les informations contenues dans le dossier de la demande de certification.

Les statuts d'ESO prévoient que les membres du comité de direction ne peuvent exercer de fonction ou d'activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur ou d'un fournisseur (art.17.7).

Les informations complémentaires fournies par Elia dans le dossier de certification comportent pour chacun de ces sept membres du comité de direction une déclaration sur l'honneur signée stipulant qu'ils n'exercent pas de mandat dans une entreprise assurant une fonction de production ou de fourniture d'électricité.

159. Depuis le 1er juillet 2012, la composition du comité de direction d'ESO (et Elia Asset) a cependant été modifiée (nouveau CEO, M. Jacques Vandermeiren, précédemment membre du comité de direction en tant que CCO et nouveau membre de la direction, Mme Catherine Vandenborre). Dans l'intervalle, la CREG a rendu des avis conformes favorables concernant ces deux nominations, conformément à l'article 9ter, 1°, de la loi électricité, les deux membres ayant déclaré dans ce cadre ne pas exercer de fonctions pour un producteur, un gestionnaire du réseau de distribution, un intermédiaire[59] ou un actionnaire dominant du gestionnaire de réseau.

2.2.2 Membres du conseil d'administration d'ESO et d'Elia Asset

160. Le conseil d'administration d'ESO doit, conformément à l'art. 9, §2, de la loi électricité et aux art. 13.1. et 13.2. de ses statuts, être uniquement composé d'administrateurs non exécutifs et pour la moitié d'administrateurs indépendants. Une disposition statutaire identique (art. 12.2 et 12.3 de ses statuts), de même que l'art. 9, §2, de la loi électricité s'appliquent à Elia Asset.

Comme mentionné au point 86, Publi-T est autorisée, conformément à l'article 13.5.2 des statuts, à proposer à la nomination sept administrateurs non indépendants d'ESO, à savoir la moitié du conseil d'administration.

[59] Un 'intermédiaire" est défini comme suit à l'art. 2, 15° de la loi électricité : "*toute personne physique ou morale, autre qu'un producteur ou un gestionnaire de réseau de distribution, qui achète de l'électricité en vue de la revente*".

Depuis le 13 janvier 2011, les conseils d'administration d'ESO et Elia Asset ont été portés de 12 à 14 membres[60]. Par ailleurs, le dossier de certification mentionne aussi un président d'honneur[61].

161. Afin de pouvoir contrôler si cette condition de dissociation contenue à l'art. 9.1.d) de la troisième directive électricité est satisfaite, la CREG a demandé à ESO de lui fournir un aperçu de tous les mandats des membres du conseil d'administration dans d'autres personnes morales, ainsi qu'une déclaration signée par administrateur, dans laquelle ils indiquent s'ils sont membres ou non du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou d'un organe représentant légalement l'entreprise, dans une entreprise assurant une fonction de production ou de fourniture d'électricité (même s'il ne s'agit pas de l'activité principale de l'entreprise concernée), et, le cas échéant, de mentionner quelles entreprises cela concerne précisément.

162. Les informations complémentaires fournies par Elia dans le dossier de certification comportent une déclaration sur l'honneur des administrateurs et du président d'honneur, dans laquelle ils déclarent ne pas être membre du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou d'un organe représentant légalement l'entreprise, dans une entreprise assurant une fonction de production ou de fourniture d'électricité[62].

163. Sur la base des listes de mandats contenues dans la demande de certification, la CREG a été contrainte de constater dans son Projet de décision qu'un problème semblait cependant se poser pour plusieurs administrateurs non indépendants et que les dispositions d'interdiction contenues à l'article 9.1.d) de la troisième directive électricité ne semblaient pas être respectées.

164. Dans son projet de décision, la CREG a également souligné que la question se pose de savoir si, à la lumière du fait qu'un certain nombre d'administrateurs d'ESO et d'Elia Asset sont également membres du conseil d'administration de certaines sociétés holding, pareille appartenance au conseil d'administration d'une société (holding) qui exerce

[60] Art.12 des statuts d'ESO.

[61] La demande de certification mentionne que la fonction de président d'honneur implique "*qu'il ne doive plus siéger au conseil d'administration*".[traduction libre]

[62] Par souci d'exhaustivité, il convient de signaler que la demande transmise par ESO par e-mail aux membres du conseil d'administration en vue de fournir cette déclaration sur l'honneur mentionne que "*les entreprises qui n'exercent pas les fonctions précitées* [à savoir la production ou la fourniture d'électricité] *comme activité principale*" en font aussi partie, mais que cette précision ne figure pas dans le document modèle de déclaration sur l'honneur en lui-même qui a été envoyé pour signature aux membres du conseil d'administration, et encore moins dans les déclarations sur l'honneur signées contenues dans les annexes à la demande de certification.

à son tour un contrôle sur un producteur et/ou un fournisseur d'électricité et/ou de gaz, serait compatible avec l'exigence de dissociation prévue à l'article 9.1.d) de la troisième directive électricité. Dans son Avis du 8 octobre 2012, la Commission européenne stipule à ce sujet que dans les cas où "*un membre du conseil d'administration d'Elia est également membre ou membre délégué du conseil d'administration de certaines sociétés holding qui semblent détenir des participations dans des entreprises actives dans la production et/ou la fourniture d'électricité*"[63] [traduction libre], il convient de vérifier si les règles en matière de dissociation de l'article 9, alinéa 1, b), c) et d) sont respectées. Ceci est également nécessaire dans "*des situations dans lesquelles la société holding concernée n'exerce pas elle-même l'activité de production ou de fourniture, mais pourrait avoir un contrôle sur des filiales exécutant de telles activités*"[64] [traduction libre]. La Commission européenne rappelle en outre que les règles de dissociation visent à éliminer tout motif pour le gestionnaire du réseau de transport de favoriser certains intérêts de production ou de fourniture en matière d'accès à et d'investissements dans le réseau au détriment d'autres utilisateurs du réseau.

165. Suite à ces remarques de la CREG dans son Projet de décision, ESO et ces administrateurs ont transmis des informations et des déclarations complémentaires.

166. A ce sujet, il découle des informations complémentaires transmises à la CREG par ESO dans un courrier du 19 septembre 2012 que deux administrateurs non indépendants d'ESO/Elia Asset ont remis leur démission en tant qu'administrateur au sein d'entreprises actives dans la production/fourniture d'électricité. Il ressort des courriers adressés par ces administrateurs aux conseils d'administration respectifs des entreprises concernées actives dans la production/fourniture d'électricité qu'ils démissionnent de leur poste d'administrateur au sein de ces entreprises. Ces démissions prendront effet après la prochaine assemblée générale des actionnaires (afin de permettre une transition convenable et de pourvoir à leur remplacement).

167. La CREG prend acte de ces lettres de démission et demande à ESO de lui transmettre dans les plus brefs délais après les assemblées générales susmentionnées une confirmation officielle des décisions des assemblées générales d'accepter les démissions de

[63] Traduction libre de : "*een lid van de raad van bestuur van Elia eveneens lid of afgevaardigd lid is van de raad van bestuur van bepaalde holdingmaatschappijen die deelnemingen lijken te hebben in ondernemingen welke actief zijn op het gebied van opwekking en/of levering van elektriciteit*,"

[64] Traduction libre de : "*in situaties waarin de desbetreffende holdingmaatschappij de opwekkings- of leveringsactiviteit niet zelf uitvoert, maar zeggenschap zou kunnen hebben over dochterondernemingen die dergelijke activiteiten uitvoeren*".

ces personnes en tant qu'administrateur au sein des entreprises concernées actives dans la production/fourniture d'électricité.

168. A la lumière de l'Avis de la Commission européenne, la CREG a en outre demandé à ESO d'adapter les statuts d'Elia Asset et d'ESO afin de les rendre entièrement conformes aux exigences de dissociation de la propriété.

ESO a signalé à la CREG que ses statuts et ceux d'Elia Asset ont déjà été modifiés le 15 mai 2012 conformément à la nouvelle loi électricité du 8 janvier 2012. Par cette modification des statuts, la disposition suivante a déjà été ajoutée, respectivement à l'article 13.1 et à l'article 12.1 des statuts d'ESO et d'Elia Asset: "*En outre, les membres du conseil d'administration ne sont pas autorisés à être membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité.*"

169. En outre, ESO s'est également engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à soumettre à ce sujet à l'approbation de ses actionnaires une modification complémentaire de ses statuts. Cette modification complémentaire des statuts introduira également une nouvelle compétence de contrôle dans le chef du comité de gouvernance d'entreprise ainsi qu'une obligation spécifique de notification et d'information dans le chef des administrateurs, préalablement à leur nomination ou à leur réélection. ESO s'est par ailleurs engagée à soumettre cette modification des statuts à une assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'ESO et d'Elia Asset respectivement, et ce, immédiatement après la prochaine assemblée générale ordinaire du 21 mai 2013 (voir le titre 2.3 pour des détails complémentaires concernant cette modification des statuts).

2.2.3 Conclusion (concernant l'art. 9.1.d) de la troisième directive électricité) :

170. La CREG prend acte des informations et des déclarations complémentaires transmises par ESO, Publi-T et certains administrateurs, notamment après la prise de connaissance de l'Avis de la Commission européenne, plus particulièrement des engagements précités d'ESO concernant d'une part les ajouts dans les statuts d'ESO et d'Elia Asset afin de les rendre conformes aux exigences de dissociation de propriété prévues dans la troisième directive électricité et, d'autre part, le contrôle du respect de ces exigences (voir également le titre 2.3).

171. Sur la base de ces éléments ainsi que de l'Avis de la Commission européenne, la CREG conclut que, dans la présente situation, il existe à présent suffisamment de garanties afin d'assurer le respect des exigences de dissociation de propriété. En outre, la CREG attache beaucoup d'importance à l'intention d'ESO de garantir à l'avenir le respect strict des exigences de dissociation de propriété, comme en témoignent les modifications prévues des statuts d'ESO et d'Elia Asset.

172. Dans le cadre du suivi de la présente décision de certification, la CREG contrôlera de près la réalisation des engagements mentionnés ci-dessus. La CREG assurera à l'avenir également ce suivi dans le cadre de sa tâche de monitoring concernant le respect permanent des exigences en matière de dissociation par le gestionnaire du réseau de transport.

2.3. Modification des statuts d'ESO et d'Elia Asset

173. Comme mentionné ci-dessus, suite à la demande de la CREG et à la lumière de l'Avis de la Commission européenne, ESO s'est engagée dans un courrier du 30 novembre 2012 à modifier plusieurs points des statuts d'ESO et d'Elia Asset afin de les rendre conformes aux exigences de dissociation de propriété prévues à l'article 9 de la troisième directive électricité.

ESO s'est en outre engagée à soumettre pour approbation la modification des statuts proposée dans le courrier précité lors d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'ESO et d'Elia Asset respectivement, immédiatement après leurs prochaines assemblées générales ordinaires du 21 mai 2013.

On trouvera ci-dessous, un aperçu des principaux points de modification apportés aux statuts d'ESO (qui valent *mutatis mutandis* également pour Elia Asset[65]).

[65] Dans son courrier du 30 novembre 2012, ESO a confirmé expressément que les propositions d'adaptation des statuts d'ESO présentées dans ce courrier sont également d'application pour Elia Asset.

A. Modifications suite aux exigences en matière de dissociation dans le chef des actionnaires :

A.1. Ajout d'un nouvel article 4.4 dans les statuts d'ESO, qui serait formulé comme suit (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)) :

"4.4. Un détenteur d'Actions ne peut pas exercer directement ou indirectement un contrôle ou exercer directement, ou indirectement par le biais d'une filiale un quelconque, pouvoir sur la société et en même temps exercer directement ou indirectement un contrôle sur une entreprise exécutant l'une des fonctions de production ou de fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel.

Un détenteur d'Actions ne peut pas exercer directement ou indirectement un contrôle ou exercer directement, ou indirectement par le biais d'une filiale, un quelconque pouvoir sur une entreprise exécutant l'une des fonctions de production ou de fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel et en même temps exercer directement ou indirectement un contrôle sur la société.

Un détenteur d'Actions qui a le droit de désigner les membres du conseil d'administration ou des organes représentant légalement la société ne peut pas exercer directement ou indirectement un contrôle ou exercer directement, ou indirectement par le biais d'une filiale, un quelconque pouvoir sur une entreprise exécutant l'une des fonctions de production ou de fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel."[66]

A.2. L'ajout à l'article 4.6 des statuts d'ESO d'une définition de la notion de "quelconque pouvoir" à laquelle il est fait référence dans le nouvel article 4.4 des statuts, serait formulé comme suit (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)):

[66] Traduction libre de :

"4.4. Een houder van Aandelen mag niet rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefenen of rechtstreeks, dan wel onrechtstreeks via een dochteronderneming enig recht uitoefenen over de vennootschap, en tezelfdertijd rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefenen over een bedrijf dat één van de functies van productie of levering van elektriciteit en/of aardgas verricht.

Een houder van Aandelen mag niet rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefenen of rechtstreeks, dan wel onrechtstreeks via een dochteronderneming enig recht uitoefenen over een bedrijf dat één van de functies van productie of levering van elektriciteit en/of aardgas verricht, en terzelfdertijd rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefenen over de vennootschap.

Een houder van Aandelen die het recht heeft tot benoeming van de leden van de raad van bestuur of de organen die wettelijk de vennootschap vertegenwoordigen mag niet rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefenen of rechtstreeks, dan wel onrechtstreeks via een dochteronderneming enig recht uitoefenen over een bedrijf dat één van de functies van productie of levering van elektriciteit en/of aardgas verricht."

"*le 'quelconque pouvoir' comprend (i) le pouvoir d'exercer un droit de vote, (ii) le pouvoir de désigner des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ou (iii) la détention d'une part majoritaire.*"[67]

A.3. Afin de contrôler le respect des exigences en matière de dissociation susmentionnées dans les statuts d'ESO, il est prévu d'intégrer des mécanismes de contrôle supplémentaires dans les statuts, notamment :

(i) une obligation de notification pour les actionnaires, par l'ajout d'un alinéa supplémentaire à l'article 10 des statuts d'ESO qui serait formulé comme suit (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)):

"*Lors de la notification visée au premier alinéa, le détenteur de titres dont émane la notification confirme par écrit à la société qu'il respecte les exigences en matière de dissociation visées à l'article 4.4.*"[68]

(ii) un contrôle effectué par le comité de gouvernance d'entreprise d'ESO par le biais, d'un rapport annuel, par l'ajout d'une phrase à l'article 14.1, 5°, des statuts d'ESO, qui serait formulée comme suit (voir le texte souligné) [traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)]:

[…] <u>ainsi que de veiller au respect des articles 4.4 et 13.1, deuxième et troisième alinéa. A ce sujet</u>, un rapport est soumis tous les ans au conseil d'administration et à l'instance ou aux instances de régulation fédérales ou régionales pour le marché de l'électricité ;"[69]

B. Modifications suite aux exigences en matière de dissociation dans le chef des administrateurs :

B.1. Ajout dans le deuxième alinéa de l'article 13.1 des statuts d'ESO, qui serait formulé comme suit (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)):

---

[67] Traduction libre de : *"omvat "enig recht" (i) de bevoegdheid om stemrecht uit te oefenen, (ii) de bevoegdheid om leden aan te wijzen van de raad van toezicht, van de raad van bestuur of van organen die het bedrijf juridisch vertegenwoordigen of (iii) het hebben van een meerderheidsaandeel."*

[68] Traduction libre de : *"Samen met de kennisgeving bedoeld in het eerste lid bevestigt de houder van effecten waarvan de kennisgeving uitgaat, schriftelijk aan de vennootschap dat hij de ontvlechtingsvereisten vervat in artikel 4.4 naleeft."*

[69] Traduction libre de : *"[…] <u>evenals erop toezien dat de artikelen 4.4. en 13.1., tweede en derde lid nageleefd worden. Hierover</u> wordt elk jaar een verslag voorgelegd aan de raad van bestuur en aan de federale en/of gewestelijke reguleringsinstantie(s) voor de elektriciteitsmarkt;"*

"*En outre, les membres du conseil d'administration ne peuvent pas être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement une entreprise assurant l'une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité. Les membres du conseil d'administration ne peuvent pas non plus exercer une autre fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'une entreprise visée dans la phrase précédente.*"[70]

B.2. Ajout d'un nouveau troisième alinéa à l'article 13.1 des statuts d'ESO, qui serait formulé comme suit (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)):

"*Si un membre du conseil d'administration assume un nouveau mandat en tant que membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement une entreprise qui exerce, directement ou indirectement, un contrôle sur un producteur et/ou fournisseur d'électricité, l'administrateur concerné en informe le comité de gouvernance d'entreprise, qui réalise un examen et rédige un rapport conformément à l'article 14.7, 7°.*"[71]

B.3. Ajout d'un nouveau point 7° et d'un nouveau point 8° à l'article 14.1 des statuts d'ESO, qui seraient formulés comme suit (traduction libre du texte proposé en néerlandais (voir note en bas de page)):

"7° après notification de la part d'un administrateur, examiner la conformité de l'appartenance d'un administrateur au conseil de surveillance, au conseil d'administration ou aux organes représentant légalement une entreprise qui exerce, directement ou indirectement, un contrôle sur un producteur et/ou fournisseur d'électricité avec l'article 9.1, b), c) et d) de la 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 et présenter un rapport à ce sujet au conseil d'administration. Dans le cadre de cet examen, le comité de gouvernance d'entreprise tient compte du rôle et de l'influence de l'administrateur concerné dans l'entreprise concernée et du degré de contrôle ou d'influence de l'entreprise concernée sur sa filiale. Le comité de

[70] Traduction libre de : *"Daarnaast mogen de leden van de raad van bestuur geen lid zijn van de raad van toezicht, de raad van bestuur of de organen die wettelijk een onderneming vertegenwoordigen die één van de volgende functies vervult: productie of levering van elektriciteit. Evenmin mogen de leden van de raad van bestuur een andere functie of activiteit uitoefenen, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een onderneming bedoeld in de voorgaande zin."*

[71] Traduction libre de : *"Indien een lid van de raad van bestuur tevens een nieuw mandaat opneemt als lid van de raad van toezicht, de raad van bestuur of de organen die wettelijk een onderneming vertegenwoordigen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, zeggenschap uitoefent over een producent en/of leverancier van elektriciteit, geeft de betrokken bestuurder hiervan kennis aan het corporate governance comité die dit onderzoekt en hierover verslag uitbrengt overeenkomstig artikel 14.1, 7°."*

gouvernance d'entreprise examine également si, dans l'exercice du mandat de l'administrateur concerné au sein de la société, il existe une possibilité ou un motif visant à favoriser certains intérêts de production ou de fourniture en matière d'accès à et d'investissements dans le réseau au détriment d'autres utilisateurs du réseau ;

8° préalablement à toute nomination d'un administrateur, qu'il s'agisse de la nomination d'un nouvel administrateur ou de la réélection d'un administrateur existant, contrôler si le candidat-administrateur tient compte des incompatibilités reprises dans les présents statuts. A cet effet, chaque candidat-administrateur est tenu de remettre au comité de gouvernance d'entreprise un aperçu (i) des mandats qu'il détient dans le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe d'autres personnes morales que la société et (ii) de l'exercice de toute autre fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'une entreprise exerçant l'une des fonctions suivantes : la production ou la fourniture d'électricité."[72]

3. Les tâches et responsabilités du gestionnaire de réseau de transport

174. L'article 12 de la troisième directive électricité détermine les tâches et responsabilités du/des gestionnaire(s) de réseau de transport. Ces tâches et responsabilités ont été transposées presque entièrement par le législateur belge à l'article 8 de la loi électricité.

---

[72] Traduction libre de :

"7° na kennisgeving van een bestuurder de conformiteit met artikel 9.1, b), c) en d) van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG onderzoeken van het lidmaatschap van een bestuurder van de raad van toezicht, de raad van bestuur of de organen die wettelijk een onderneming vertegenwoordigen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, zeggenschap uitoefent over een producent en/of leverancier van elektriciteit, en hierover verslag uitbrengen aan de raad van bestuur. Bij dit onderzoek houdt het corporate governance comité rekening met de rol en invloed die de betrokken bestuurder heeft in de betrokken onderneming en met de mate van zeggenschap of invloed van de betrokken onderneming over haar dochteronderneming. Het corporate governance comité onderzoekt eveneens of bij de uitoefening van het mandaat van de betrokken bestuurder in de vennootschap de mogelijkheid en drijfveer bestaat om bepaalde producent- of leveranciersbelangen te begunstigen ten nadele van andere netwerkgebruikers wat de toegang tot en investeringen in de netten betreft;

8° voorafgaandelijk aan iedere benoeming van een bestuurder, ongeacht of het de benoeming betreft van een nieuwe bestuurder, dan wel de herbenoeming van een bestaande bestuurder, onderzoeken of de kandidaat-bestuurder de onverenigbaarheden opgenomen in deze statuten in acht neemt. Met het oog daarop dient iedere kandidaat-bestuurder aan het corporate governance comité een overzicht te bezorgen van (i) de mandaten die hij bekleedt in de raad van bestuur, de raad van toezicht of een ander orgaan van andere rechtspersonen dan de vennootschap en (ii) de uitoefening van iedere andere functie of activiteit, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een onderneming die één van de volgende functies vervult: productie of levering van elektriciteit."

Dans le cadre de la demande de certification, ESO a décrit dans sa réponse à la question 45 du FORM OU la manière dont elle exerce les tâches du gestionnaire de réseau de transport conformément à l'article 12 de la troisième directive électricité.

175. La CREG insiste tout d'abord sur le fait que les tâches et responsabilités légales du gestionnaire de réseau de transport sont indépendantes des exigences légales relatives à la dissociation de propriété à laquelle le (candidat) gestionnaire de réseau de transport doit satisfaire, telles qu'examinées ci-dessus.

176. Après une analyse approfondie de la réponse d'ESO à la question 45 du FORM OU et sur la base des expériences antérieures avec ESO en tant que gestionnaire de réseau de transport depuis sa désignation le 13 septembre 2002[73], la CREG estime qu'ESO offre suffisamment de garanties pour s'acquitter dûment de ses tâches et responsabilités légales dans le cadre de la gestion du réseau de transport, conformément à l'article 8 de la loi électricité (dans la mesure où elles reflètent l'article 12 de la troisième directive électricité).

La constatation précédente ne porte bien entendu pas préjudice au fait que la CREG, dans le cadre de sa mission générale de surveillance et de contrôle de l'application de la loi électricité et des arrêtés et règlements pris sur cette base, et en particulier sur la base de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8° de la loi électricité, vérifiera en permanence dans quelle mesure ESO s'acquitte effectivement et comme il se doit de ses tâches de gestionnaire de réseau de transport, et dans ce cadre, prendra le cas échéant les mesures et entreprendra les démarches nécessaires à l'égard d'ESO.

[73] Arrêté ministériel du 13 septembre 2002 portant désignation du gestionnaire du réseau de transport d'électricité (Moniteur belge du 17 septembre 2002).

IV. CONCLUSION

177. Vu le Projet de décision de la CREG du 1er août 2012 et l'Avis de la Commission européenne du 8 octobre 2012, vu les informations et les déclarations complémentaires transmises par ESO et ses actionnaires à la CREG, vu les engagements de Publi-T, Publipart, et Auxipar exposés dans la présente décision et en particulier les engagements d'ESO exposés dans la présente décision d'insérer dans les statuts d'ESO et d'Elia Asset plusieurs dispositions spécifiques concernant les exigences de dissociation de propriété que ses actionnaires et administrateurs doivent respecter, ainsi que l'engagement d'adaptation du contrat de société interne entre ESO et Elia Asset, la CREG conclut qu'ESO répond aux exigences de dissociation de la propriété.

En outre, la CREG attache beaucoup d'importance à l'intention d'ESO de garantir également à l'avenir le respect strict des exigences de dissociation de propriété, comme en témoignent entre autres les modifications prévues des statuts d'ESO et d'Elia Asset, en ce compris les obligations de notification de ses actionnaires et administrateurs et le contrôle par le comité de gouvernance d'entreprise d'ESO/Elia Asset quant au respect de ces dispositions statutaires relatives aux exigences de dissociation de propriété.

178. Par conséquent, la CREG estime qu'en application des articles 23, §2, 31°, et 10, §2ter, a), de la loi électricité et de l'article 3 du Règlement 714/2009, et vu ce qui a été exposé aux parties II et III de la présente décision, une décision positive peut être adoptée concernant la demande de certification d'ESO, introduite auprès de la CREG le 11 avril 2012, pour autant que les engagements repris ci-dessous soient respectés et rendus effectifs, et que les informations nécessaires pour contrôler la réalisation de ces engagements soient transmises à la CREG :

(i) la modification des statuts d'ESO et d'Elia Asset, comme exposé entre autres au titre 1.3 et au titre 2.3 du Chapitre II de la présente décision ; et

(ii) l'adaptation du Contrat de société interne conclu entre ESO et Elia Asset en ajoutant un addendum audit contrat, comme exposé au point 70 de la présente décision ainsi que, le cas échéant, l'adaptation de tous les documents de société, en ce compris la *Elia Corporate Governance Charter*, qui fait référence à la double structure d'ESO – S.A. Elia Asset afin de confirmer le contrôle absolu d'ESO sur Elia Asset ; et

(iii) l'engagement de Publi-T et Publipart de renoncer définitivement aux articles [CONFIDENTIEL] de la convention d'actionnaires relative à ESO conclue le 31 mai 2002 entre Publi-T SCRL, Electrabel SA, CPTE SCRL, SPE SA, ESO, Elia Asset SA et l'Etat belge, et de ne jamais appliquer ces articles (comme exposé au point 111) ; et

(iv) l'engagement d'Auxipar de ne pas non plus utiliser à l'avenir les droits d'associé liés à sa participation très limitée dans GDF Suez et de s'abstenir par conséquent de toute participation dans la prise de décision au sein de GDF Suez, tant que et pour autant que le groupe Arco conserve le droit de proposer un administrateur dans le conseil d'administration d'ESO et que la S.A. Auxipar fait partie du groupe Arco (comme exposé au point 142) ; et

(v) la confirmation officielle de l'acceptation de la démission présentée par deux administrateurs non indépendants d'ESO/Elia Asset en tant qu'administrateur au sein d'entreprises actives dans la production/fourniture d'électricité (comme exposé au point 166).

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

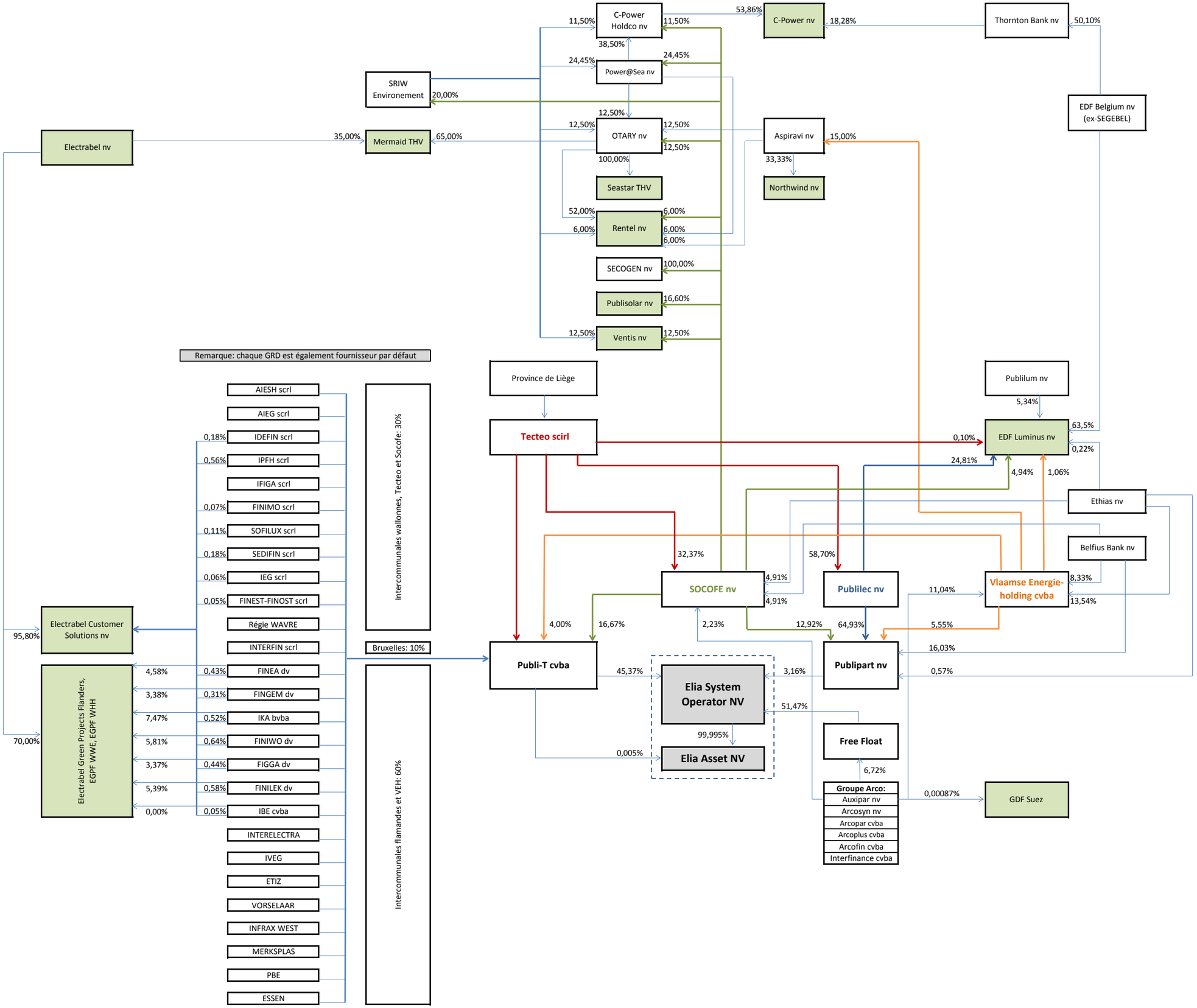
Dominique WOITRIN
Directeur

François POSSEMIERS
Président du Comité de direction

Annexe : Organigramme des principales entreprises mentionnées dans la décision (sur la base des informations comprises dans la demande de certification ainsi que des informations disponibles publiquement)

Annexe: organigramme des principales entreprises qui figurent dans la décision (version non confidentielle)

(sur la base de l'information contenue dans la demande de certification et d'informations disponibles publiquement)



A l'attention de Mme Maria-Isabella DETAND tel : 289.76.93

EUROPESE COMMISSIE

SECRETARIAAT-GENERAAL

ACCUSÉ DE RÉCEPTION
Nom (en caractères d'imprimerie) DE DONCKER
REÇU LE 09/10/2012 - 14 h45
SIGNATURE
CACHET CREG Nijverheidsstraat, 26-38 1040 Brussel

Brussel, 9.10.2012
SG-Greffe(2012) D/ 15952

CREG - Commission de Régulation
de l'Electricité et du Gaz
Rue de l'Industrie 26-38
1040 Bruxelles

VOOR INFORMATIE

Betreft: ADVIES VAN DE COMMISSIE (8.10.2012)

CREG
09.10.12 000496
T

CREG
09.10.12 000559
A

Voor de Secretaris-generaal

Valérie DREZET-HUMEZ

Bij : **C(2012) 7142 final**

NL

EUROPESE COMMISSIE

SECRETARIAAT GENERAAL

Brussel, 9.10.2012
SG-Greffe(2012) D/ 15952

CREG - Commission de Régulation
de l'Electricité et du Gaz
Rue de l'Industrie 26-38
1040 Bruxelles

VOOR INFORMATIE

Betreft: **ADVIES VAN DE COMMISSIE (8.10.2012)**

Voor de Secretaris-generaal

Valérie DREZET-HUMEZ

Bij : **C(2012) 7142 final**

NL

EUROPESE
COMMISSIE

Brussel, 8.10.2012
C(2012) 7142 final

ADVIES VAN DE COMMISSIE

van 8.10.2012

overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 10, lid 6, van Richtlijn 2009/72/EG - België - Certificering van Elia System Operator N.V.

ADVIES VAN DE COMMISSIE

van 8.10.2012

overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 10, lid 6, van Richtlijn 2009/72/EG - België - Certificering van Elia System Operator N.V.

I. PROCEDURE

Op 10 augustus 2012 is de Commissie door de Belgische regulerende instantie voor energie (Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas, hierna "de CREG" genoemd) in kennis gesteld, overeenkomstig artikel 10, lid 6, van Richtlijn 2009/72/EG[1] (hierna de "elektriciteitsrichtlijn"), van een ontwerpbesluit betreffende de certificering van "Elia System Operator N.V." (hierna "Elia") als transmissiesysteembeheerder ("TSB") voor elektriciteit.

Overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009[2] (hierna de "Elektriciteitsverordening") onderzoekt de Commissie kennisgevingen van besluiten en brengt zij vervolgens bij de desbetreffende nationale regulerende instantie advies uit over de verenigbaarheid ervan met artikel 10, lid 2, en artikel 9 van Richtlijn 2009/72/EG.

II. BESCHRIJVING VAN HET TER KENNIS GEBRACHTE BESLUIT

Elia is de exploitant van het hoogspanningstransmissienet in België. Het netwerk van Elia bestaat uit meer dan 8000 km hoogspanningslijnen en ondergrondse kabels. Elia heeft een dochteronderneming, Elia Asset N.V. (hierna "Elia Asset"), die het hoogspanningsnet juridisch in eigendom heeft. Elia heeft tevens indirect de gezamenlijke zeggenschap over de Duitse TSB voor elektriciteit 50Hertz Transmission GmbH waarvoor een afzonderlijke certificeringsprocedure is opgestart bij de Duitse regulerende instantie voor energie, Bundesnetzagentur.

De eigendomsstructuur van Elia is als volgt: 51,47 % van de Elia-aandelen is genoteerd op de beurs, waarvan 6,72 % in het bezit is van de ARCO Group. Wat de resterende aandelen betreft, is Publi-T CVBA (hierna "Publi-T") de grootste afzonderlijke aandeelhouder met 45,47 % van de aandelen. Publipart NV (hierna "Publipart") bezit de resterende 3,16 % van de aandelen.

Elia heeft een certificering aangevraagd overeenkomstig het model van ontvlechting van de eigendom als bedoeld in artikel 9, lid 1, van de elektriciteitsrichtlijn. Krachtens de Belgische wetgeving tot omzetting van de elektriciteitsrichtlijn kan Elia voor deze optie kiezen.

---

1 Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, PB L 211 van 14.8.2009, blz. 55.

2 Verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003, PB L 211 van 14.8.2009, blz. 15.

De CREG heeft geanalyseerd of en in welke mate Elia voldoet aan de eisen van het model van ontvlechting van de eigendom als neergelegd in de elektriciteitsrichtlijn. In haar voorlopig besluit heeft de CREG geconcludeerd dat zij op basis van de door Elia en de aandeelhouders van Elia in de loop van de aanvraagprocedure verstrekte informatie niet tot een positief besluit kan komen. In haar voorlopig besluit heeft de CREG met name de volgende punten van zorg aangestipt:

a) het blijft onduidelijk of er gezamenlijke zeggenschap bestaat van Publi-T en Publipart over Elia;

b) het blijft onduidelijk of er aandeelhouders van Publi-T en Publipart zijn die op indirecte wijze rechten uitoefenen in Elia en tegelijkertijd zeggenschap hebben over of rechten uitoefenen in een onderneming die één van de functies van elektriciteits- of gasproductie of -levering uitvoert;

c) het blijft onduidelijk of aandeelhouders van Publi-T een gezamenlijke zeggenschap uitoefenen over Publi-T;

d) het blijft onduidelijk of de zeggenschap van Elia over haar dochteronderneming Elia Asset - de juridische eigenaar van de transmissieactiva - volledig en exclusief is;

e) het feit dat twee leden van het bestuur van Elia en Elia Asset tegelijkertijd leden zijn van het bestuur van ondernemingen die actief zijn op het gebied van de opwekking van elektriciteit.

De CREG concludeert dat zij, gezien de ontoereikende informatie die zij heeft ontvangen over de eerste vier van de hierboven vermelde kwesties, niet in staat is geweest een positief voorlopig certificeringsbesluit ten aanzien van Elia vast te stellen.

III. OPMERKINGEN

Op basis van de huidige kennisgeving maakt de Commissie de volgende opmerkingen met betrekking tot het voorlopige besluit.

De Commissie is het met de CREG eens dat zolang de CREG niet voldoende informatie heeft ontvangen die het mogelijk maakt met zekerheid vast te stellen dat de ontvlechtingsregels in acht zijn genomen, geen certificering kan worden verleend.

Met name stemt de Commissie in met het standpunt van de CREG dat extra informatie moet worden verkregen over de personen die zeggenschap uitoefenen over of rechten uitoefenen in ondernemingen die zeggenschap uitoefenen over of rechten uitoefenen in Elia. De Commissie onderstreept dat bij artikel 9, lid 1, punt b), onder i), van de elektriciteitsrichtlijn dezelfde persoon of personen niet het recht hebben om direct of indirect zeggenschap uit te oefenen over een bedrijf dat één van de functies van productie of levering uitvoert, en *direct of indirect* zeggenschap uit te oefenen of enig recht uit te oefenen over een transmissiesysteembeheerder of een transmissiesysteem. Uit de tekst blijkt duidelijk dat ook de personen die op *indirecte* wijze rechten uitoefenen in een TSB, met name via de aandeelhouders van die TSB, onder het toepassingsgebied vallen van artikel 9, lid 1, punt b), onder i), van de elektriciteitsrichtlijn. Elke andere interpretatie zou het mogelijk maken de ontvlechtingsregels te omzeilen, meer bepaald door dochterondernemingen op te richten. In het onderhavige geval is het derhalve relevant een evaluatie te maken van de participaties van

personen die op *indirecte* wijze rechten uitoefenen in een TSB, in ondernemingen die één van de functies van productie of levering van elektriciteit of gas uitvoeren.

Bovendien is in de door de CREG vermelde gevallen waarin een lid van de raad van bestuur van Elia eveneens lid of afgevaardigd lid is van de raad van bestuur van bepaalde holdingmaatschappijen die deelnemingen lijken te hebben in ondernemingen welke actief zijn op het gebied van opwekking en/of levering van elektriciteit, een gericht onderzoek van de relevante feiten noodzakelijk om na te gaan of aan de ontvlechtingsregels van artikel 9, lid 1, onder b), c), en d), is voldaan. Een dergelijk onderzoek is ook noodzakelijk in situaties waarin de desbetreffende holdingmaatschappij de opwekkings- of leveringsactiviteit niet zelf uitvoert, maar zeggenschap zou kunnen hebben over dochterondernemingen die dergelijke activiteiten uitvoeren. De Commissie herinnert eraan dat het doel van de ontvlechtingsregels is elke drijfveer voor een transmissiesysteembeheerder weg te nemen om bepaalde opwekkings- of leveringsbelangen te begunstigen ten nadele van andere netwerkgebruikers wat de toegang tot en investeringen in het netwerk betreft. De Commissie verzoekt de CREG om de hierboven genoemde situaties verder te onderzoeken op basis van de aanvullende door Elia verstrekte informatie, rekening houdend met de rol en invloed die het lid van de raad van bestuur heeft in de betrokken holdingmaatschappijen, en met de mate van zeggenschap of invloed van bedoelde holdingmaatschappijen over/op hun dochterbedrijven.

De Commissie is het ook met de CREG eens dat volledige duidelijkheid in verband met de mate van zeggenschap die Elia heeft over haar dochteronderneming Elia Asset - de juridische eigenaar van de transmissieactiva - een voorafgaande voorwaarde is voor certificering overeenkomstig het model van ontvlechting van de eigendom. De Commissie merkt in dat verband op dat een structuur waarin het netwerk niet direct eigendom is van een TSB die gekozen heeft voor het model van ontvlechting van de eigendom, maar van een dochteronderneming van deze TSB, op zich geen belemmering voor certificering vormt zolang kan worden aangetoond dat de TSB volledige zeggenschap heeft over zijn dochteronderneming[3]. In het huidige geval wordt opgemerkt dat Elia alle aandelen bezit van Elia Asset met uitzondering van één specifiek aandeel waaraan bepaalde vetorechten zijn verbonden en dat in het bezit is van Publi-T, de aandeelhouder met zeggenschap over Elia. De Commissie stemt in met het standpunt van de CREG dat in het onderhavige geval het feit dat dit specifieke aandeel in Elia Asset in het bezit is van Publi-T en niet van Elia, zelfs al zijn daaraan bepaalde vetorechten gehecht, geen belemmering vormt voor certificering aangezien Publi-T hoe dan ook de aandeelhouder is met zeggenschap over Elia. De Commissie beklemtoont echter dat indien certificering wordt verleend en de aandeelhouderstructuur van Elia daarna wordt gewijzigd, de CREG het effect van het aanhouden door Publi-T van dit specifieke Elia-aandeel opnieuw moet evalueren in het licht van artikel 9, lid 1, onder a), van de elektriciteitsrichtlijn.

Op 12 september 2012 heeft een vergadering plaatsgehad tussen vertegenwoordigers van Elia, de Elia-aandeelhouders Publi-T en Publipart, de CREG en de diensten van de Commissie, waarop Elia heeft aangekondigd dat zij aanvullende informatie en documentatie zal verstrekken ten einde bepaalde aspecten van dit dossier verder op te helderen, met inbegrip van de hierboven beschreven aspecten. Op 19 september 2012 en op 25 september 2012 heeft Elia aanvullende informatie toegezonden aan de CREG en de diensten van de Commissie. De

---

3 Zie ook het advies van de Commissie van 9 januari 2012 overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 10, lid 6, van Richtlijn 2009/72/EG - Denemarken - Certificering van Energinet.dk (elektriciteit). http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/certification/2012_007_dk_en.pdf

Commissie verwacht dat de CREG op deze basis een herzien besluit zal kunnen vaststellen, waar nodig onderworpen aan voorwaarden.

IV. Conclusie

Overeenkomstig artikel 3, lid 2, van de elektriciteitsverordening moet de CREG bij het vaststellen van haar definitieve besluit betreffende de certificering van Elia zoveel mogelijk rekening houden met bovenstaande opmerkingen en moet zij het vastgestelde besluit ter kennis brengen van de Commissie.

Het standpunt van de Commissie over deze specifieke kennisgeving loopt niet vooruit op standpunten die zij zou kunnen innemen ten aanzien van nationale regulerende instanties inzake andere ontwerpmaatregelen betreffende certificering waarvan kennisgeving wordt gedaan, of ten aanzien van nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de omzetting van EU-wetgeving wat de verenigbaarheid van enige nationale uitvoeringsmaatregel met de EU-wetgeving betreft.

De Commissie zal dit document op haar website publiceren. De Commissie is niet van oordeel dat de daarin vervatte informatie vertrouwelijk is. De CREG wordt uitgenodigd de Commissie binnen vijf werkdagen na ontvangst van dit advies ervan op de hoogte te stellen of zij al dan niet van mening is dat dit document, overeenkomstig de EU-wetgeving en de nationale regels inzake het zakengeheim, vertrouwelijke informatie bevat welke zij vóór dergelijke publicatie wenst te schrappen. Een dergelijk verzoek moet vergezeld gaan van een motivering.

Gedaan te Brussel, op 8.10.2012

Voor de Commissie
Johannes Hahn

Lid van de Commissie

EUROPESE COMMISSIE

VOOR GELIJKLUIDEND AFSCHRIFT
Voor de Secretaris – generaal

Jordi AYET PUIGARNAU
Directeur van de Griffie