

Avis

(A)1973

12 septembre 2019

Avis relatif à l'indépendance de monsieur Bernard Gustin en tant qu'administrateur indépendant au sein du conseil d'administration de la SA Elia Transmission Belgium

Article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Non confidentiel

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	2
1. INTRODUCTION	3
2. REMARQUES GENERALES	4
3. EXAMEN DE L'INDEPENDANCE	11
4. CONCLUSION	12

1. INTRODUCTION

La COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ (CREG) s'est vu notifier par lettre du 28 juin 2019 de la SA Elia System Operator (ci-après : Elia) les plans de restructuration d'Elia, en vertu desquels Elia serait transformée en société holding cotée en bourse (« Holdco ») qui détiendrait des participations dans plusieurs filiales, dont une encore à créer qui exercerait les activités de gestionnaire de réseau en Belgique (« Newco »). Ce scénario est appelé « scénario Holdco » par Elia.

Dans le « scénario Holdco », les administrateurs indépendants actuels d'Elia, notamment monsieur Bernard Gustin, continueraient d'exercer leurs rôles d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration de la SA Holdco et seraient également nommés administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration de la SA Newco encore à créer (sociétés qui porteraient, selon Elia, respectivement le nom de « Elia Group SA » et « Elia Transmission Belgium SA »). Elia Transmission Belgium SA a été créée entre-temps, l'acte constitutif ayant été publié dans les annexes du Moniteur belge du 7 août 2019. Ci-après, le nom « Elia Transmission Belgium SA » sera donc utilisé autant que possible à la place de « Newco » SA.

La notification précitée vise entre autres à ce que la CREG rende un avis conforme sur l'indépendance des administrateurs indépendants, qui seraient nommés (ils l'ont été entretemps) dans la SA Elia Transmission Belgium en tant que futur gestionnaire de réseau de transport, conformément à l'article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après « la loi électricité »).

Par lettre du 28 juin 2019, Elia a transmis à la CREG les documents suivants spécifiquement liés à l'indépendance de monsieur Bernard Gustin en tant qu'administrateur indépendant de la SA Elia Transmission Belgium :

- une déclaration sur l'honneur, conformément à l'article 2, 30°, de la loi électricité, datant du 26 juin 2019 ;
- une déclaration sur l'honneur concernant le non-exercice de fonctions pour le compte d'entreprises exerçant directement ou indirectement (par le biais d'une filiale) une fonction de production ou de fourniture d'électricité, datant du 26 juin 2019, qui contient également une déclaration sur l'honneur attestant que la liste des mandats qui avait été communiquée précédemment à la CREG dans le cadre de la certification d'Elia et (s'agissant des administrateurs indépendants) de l'avis de la CREG en application de l'article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, de la loi électricité, et plus tard dans le cadre du monitoring des exigences d'indépendance, est toujours actuelle et n'a en rien été modifiée. La liste des mandats est ajoutée à titre de vérification.

Sur la base de ces informations, la CREG a examiné l'indépendance de monsieur Bernard Gustin.

Lors de sa réunion du 12 septembre 2019, le comité de direction de la CREG a décidé d'émettre l'avis suivant à propos de l'indépendance de monsieur Bernard Gustin en tant qu'administrateur indépendant de la SA Elia Transmission Belgium, sur la base de l'article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. Le présent avis est cependant émis sous réserve expresse de la réalisation du « scénario Holdco » et de la désignation de la SA Elia Transmission Belgium en tant que gestionnaire de réseau de transport par le ministre fédéral en charge de l'énergie.

2. REMARQUES GENERALES

1. Conformément à l'article 9, § 2, alinéa premier, première phrase, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, le conseil d'administration du gestionnaire du réseau est composé exclusivement d'administrateurs non exécutifs et pour moitié au moins d'administrateurs indépendants.

En plus de leur indépendance, ces administrateurs indépendants sont nommés par l'assemblée générale en partie pour leurs connaissances en matière de gestion financière et en partie pour leurs connaissances utiles en matière technique (article 9, § 2, alinéa premier, troisième phrase, de la loi électricité).

2. En ce qui concerne la nomination des administrateurs indépendants, la loi électricité prévoit la procédure suivante :

- 1) le comité de gouvernance d'entreprise propose à l'assemblée générale des actionnaires des candidats aux mandats d'administrateur indépendant (article 9, § 5, 1°, de la loi électricité) ;
- 2) l'administrateur indépendant est nommé par l'« organe compétent » du gestionnaire de réseau (article 9, § 2, de la loi électricité) ;
- 3) la CREG donne un avis conforme sur l'indépendance des administrateurs indépendants visés à l'article 2, 30°, et ce au plus tard dans un délai de trente jours à dater de la réception de la notification de la nomination de ces administrateurs indépendants (article 9, § 2, de la loi électricité).

Avant que la CREG ne rende un avis, l'administrateur indépendant doit être nommé par l'organe compétent du gestionnaire de réseau sur proposition du comité de gouvernance d'entreprise. La CREG doit rendre son avis dans un délai de trente jours à dater de la réception de la notification de la nomination.

Afin de faciliter néanmoins les plans de restructuration d'Elia, la CREG émet anticipativement le présent avis, mais sous réserve expresse de la réalisation du « scénario Holdco » et de la désignation de la SA Elia Transmission Belgium en tant que gestionnaire de réseau par le ministre fédéral en charge de l'énergie.

3. Conformément à l'article 2, 30°, de la loi électricité, un administrateur indépendant est tout administrateur non exécutif qui :

- répond aux conditions de l'article 524, § 4, du Code des sociétés et
- n'a pas exercé au cours des vingt-quatre mois précédant sa désignation, une fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur autre qu'un auto-producteur, de l'un des propriétaires du réseau, d'un gestionnaire de réseau de distribution, d'un intermédiaire, d'un fournisseur ou d'un actionnaire dominant.

Un administrateur non exécutif est tout administrateur qui n'assume pas de fonction de direction au sein du gestionnaire du réseau ou de l'une de ses filiales (article 2, 29°, de la loi électricité).

Les deux éléments de la définition de l'article 2, 30°, de la loi électricité sont traités ci-dessous.

3.1. L'administrateur indépendant répond aux conditions de l'article 524, § 4, du Code des sociétés

Le Code des sociétés du 7 mai 1999 a été abrogé le 1^{er} mai 2019 par la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, sans préjudice de certaines dispositions transitoires pour les sociétés existantes. Elia Transmission Belgium SA est une nouvelle société puisqu'elle a été créée après l'entrée en vigueur de la loi précitée du 23 mars 2019. La CREG estime que les renvois de la loi électricité (article 2, 30°, et article 9, § 1^{er}, deuxième phrase) à l'article 524 de l'ancien Code des sociétés du 7 mai 1999 doivent être considérés comme des renvois dynamiques à la version la plus récente de ce code. Par conséquent, ce ne sont plus les articles 524, § 4 et 526^{ter} du Code des sociétés du 7 mai 1999 qui contiennent, pour la SA Elia Transmission Belgium, les conditions auxquelles un administrateur indépendant doit répondre, mais bien l'article 7:87 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019, que la société soit constituée d'une administration moniste ou duale (cf. article 7:106). Elia System Operator SA a confirmé dans une lettre du 27 août 2019 qu'Elia Transmission Belgium SA a opté pour le système moniste, comme le prouve également l'acte constitutif, c'est-à-dire qu'il n'existe qu'un conseil d'administration et que, par conséquent, toutes les déclarations sur l'honneur soumises portent sur les membres d'un conseil d'administration et non d'un conseil de surveillance.

Vu l'article 2, 30°, et l'article 9, § 1^{er}, deuxième phrase, de la loi électricité, les conditions figurant à l'article 7:87 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019 s'appliquent au gestionnaire de réseau, même s'il n'est pas coté en bourse¹.

L'article 7:87 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019 prévoit ce qui suit :

« § 1^{er}. Un administrateur d'une société cotée est considéré comme indépendant s'il n'entretient pas avec la société ou un actionnaire important de celle-ci de relation qui soit de nature à mettre son indépendance en péril. Si l'administrateur est une personne morale, l'indépendance doit être appréciée tant dans le chef de la personne morale que de son représentant permanent.

Afin de vérifier si un candidat administrateur répond à cette condition, il est fait application des critères prévus dans le code belge de gouvernance d'entreprise que le Roi désigne conformément à l'article 3:6, § 2, alinéa 4. Le Roi veille à ce que ce code contienne une liste de critères adéquats. Un candidat administrateur qui remplit ces critères est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être indépendant.

Lorsque le conseil d'administration présente à l'assemblée générale la candidature d'un administrateur indépendant qui ne remplit pas ces critères, il expose les motifs qui le conduisent à considérer que le candidat est effectivement indépendant au sens de l'alinéa 1^{er}. Un administrateur indépendant qui cesse de remplir les conditions précitées en informe immédiatement le conseil d'administration, par l'intermédiaire de son président.

§ 2. Dans les entreprises où un conseil d'entreprise a été institué en exécution de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, les noms des administrateurs indépendants présentés sont communiqués au conseil d'entreprise préalablement à leur nomination par l'assemblée générale. La même procédure est applicable en cas de renouvellement de mandat. »

Les critères d'indépendance visés dans cet article 7:87, § 1^{er}, deuxième alinéa, sont ceux figurant au principe 3.5 du Code belge de gouvernance d'entreprise 2020². Par arrêté royal du 12 mai 2019, le

¹ Voir par ex. *Doc. Parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1725/001, (exposé des motifs), p. 34 : « Par ailleurs, toujours en ligne avec les suggestions de la CREG et par analogie avec l'article 8/2 de la loi gaz actuelle, la procédure spéciale pour les sociétés cotées en bourse est déclarée applicable au GRT, même si ce dernier devait ne pas être coté en bourse. »

²

https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/code_belge_de_gouvernance_d_entreprise_2020_0.pdf

Code belge de gouvernance d'entreprise 2020 a été désigné comme seul code au sens de l'article 3:6, § 2, du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019 :

« PRINCIPE 3

LA SOCIÉTÉ SE DOTE D'UN CONSEIL EFFICACE ET ÉQUILIBRÉ

COMPOSITION

[...]

3.5 Pour être nommé en tant que membre indépendant du conseil, un administrateur doit satisfaire aux critères suivants :

1. ne pas être un manager exécutif, ni exercer une fonction de délégué à la gestion journalière au sein de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci, et ne pas avoir occupé un tel poste durant une période de trois ans précédant la nomination. Ne plus bénéficier d'options sur actions de la société liées à ce poste ;

2. ne pas avoir servi plus de douze ans en durée cumulée en tant qu'administrateur non exécutif ;

3. ne pas avoir fait partie du personnel de direction (selon la définition de l'article 19, 2° de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie) de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci, durant une période de trois ans précédant la nomination. Ne plus bénéficier d'options sur actions de la société liées à ce poste ;

4. ne pas recevoir, ou avoir reçu durant leur mandat ou durant une période de trois ans précédant leur nomination, une rémunération significative ou un autre avantage important de nature patrimoniale de la société ou d'une société ou d'une personne liée à celle-ci, en dehors des honoraires éventuellement perçus comme administrateur non exécutif ;

5. a. ne pas détenir lors de la nomination, directement ou indirectement, seul ou de concert, des actions représentant globalement un dixième ou plus du capital de la société ou bien un dixième ou plus des droits de vote dans la société ;

b. ne pas avoir été désigné, en aucune manière, par un actionnaire remplissant les conditions du point (a) ;

6. ne pas entretenir, ou avoir entretenu au cours de l'année précédant la nomination, de relation d'affaires significative avec la société ou une société ou personne liée à celle-ci, soit directement en tant que partenaire, actionnaire, membre du conseil, membre du personnel de direction (selon la définition de l'article 19, 2° de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie) d'une société ou personne qui entretient une telle relation ;

7. ne pas être, ou avoir été au cours des trois ans précédant la nomination, un associé ou un membre de l'équipe de réviseurs de la société ou avoir été une personne qui est, ou a été, le commissaire réviseur de la société ou d'une société ou personne liée à celle-ci au cours des trois ans précédant la nomination ;

8. ne pas être un manager exécutif d'une autre société dans laquelle un manager exécutif de la société siège en tant qu'administrateur non exécutif, et ne pas entretenir d'autres liens importants avec des administrateurs exécutifs de la société du fait de fonctions occupées dans d'autres sociétés ou organes ;

9. ne pas avoir, dans la société ou une société ou une personne liée à celle-ci, de conjoint, de cohabitant légal ou d'allié jusqu'au deuxième degré, qui exerce un mandat d'administrateur, de manager exécutif, de délégué à la gestion journalière ou de membre du personnel de

direction (selon la définition de l'article 19, 2° de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie), ou entrant dans l'une des catégories 1. à 8. ci-dessus, et, ce, en ce qui concerne le point 2., depuis au moins trois ans après la date à laquelle le membre de la famille concerné a terminé son dernier mandat. »

Le principe « *comply or explain* » s'applique (article 7:87, § 1^{er}, troisième alinéa) : « *Lorsque le conseil d'administration présente à l'assemblée générale la candidature d'un administrateur indépendant qui ne remplit pas ces critères, il expose les motifs qui le conduisent à considérer que le candidat est effectivement indépendant au sens de l'alinéa 1^{er}.* »

En outre, le candidat administrateur est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être indépendant (article 7:87, deuxième alinéa, *in fine*).

3.2. L'administrateur indépendant n'a pas exercé au cours des vingt-quatre mois précédant sa désignation, une fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur autre qu'un autoproducteur, de l'un des propriétaires du réseau, d'un gestionnaire de réseau de distribution, d'un intermédiaire, d'un fournisseur ou d'un actionnaire dominant

L'article 2, 30°, de la loi électricité ajoute une condition supplémentaire à la définition d'administrateur indépendant figurant dans le Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019.

Conformément à l'article 2, 30°, de la loi électricité, les administrateurs indépendants doivent en effet être indépendants d'un « producteur autre qu'un autoproducteur, de l'un des propriétaires du réseau, d'un gestionnaire de réseau de distribution, d'un intermédiaire, d'un fournisseur ou d'un actionnaire dominant ». La CREG estime qu'ils doivent l'être non seulement pendant les vingt-quatre mois précédant leur nomination, mais *a fortiori* aussi pendant toute la durée de leur mandat en tant qu'administrateur indépendant.

Bien que les deux définitions précitées, c'est-à-dire celle du Code des sociétés et des associations et celle de la loi électricité, soient fortement similaires, il existe toutefois une différence importante : dans la première définition, l'indépendance vise une indépendance des actionnaires ; elle a pour but de sauvegarder les intérêts (financiers) des actionnaires et donc de garantir la qualité de la gestion de l'entreprise. Dans l'autre définition, l'indépendance vise également l'indépendance vis-à-vis des fournisseurs, intermédiaires, producteurs et gestionnaires de réseaux de distribution sur le marché de l'électricité ; elle souhaite intégrer les garanties nécessaires, non seulement pour que l'entreprise soit correctement gérée dans l'intérêt de toutes les parties prenantes (et donc pas uniquement dans l'intérêt des actionnaires), mais également afin que l'entreprise qui a obtenu, pour une période de vingt ans, le monopole légal de la gestion du réseau de transport, traite les utilisateurs du réseau sur un pied d'égalité.

Les termes de « producteur », « autoproducteur », « propriétaire du réseau », « gestionnaire de réseau de distribution », « fournisseur », et « intermédiaire » ont la signification définie à l'article 2 de la loi électricité.

3.2.1. En ce qui concerne l'exigence d'indépendance à l'égard d'« un des propriétaires du réseau », la CREG est d'avis que celle-ci est sans objet : la notion de « propriétaires du réseau », telle que définie à l'article 2, 9°, de la loi électricité (« *les propriétaires de l'infrastructure et de l'équipement faisant partie du réseau de transport, à l'exception du gestionnaire du réseau et de ses filiales* »), est en effet contraire à l'une des exigences de dissociation complète de propriété (*full ownership unbundling*) figurant dans la troisième directive électricité³ et dans la refonte de cette directive⁴ (à savoir que le propriétaire d'un réseau de transport doit également être le gestionnaire de ce réseau). Lors de la transposition de la troisième directive électricité, le législateur belge a opté pour reprendre dans la législation belge la dissociation de propriété comme unique modèle de dissociation et en outre maintenir l'unicité dans la gestion du réseau de transport. La définition de la notion de « propriétaires de réseau » à l'article 2, 9°, de la loi électricité n'a cependant pas été adaptée lors de cette transposition, à tort. En outre, l'exigence d'indépendance à l'égard d'« un des propriétaires du réseau » est contraire à l'article 9bis, §3, de la loi électricité, selon lequel notamment les conseils d'administration du gestionnaire du réseau et de ses filiales visées au § 1^{er}, alinéa premier (dont actuellement la SA Elia Asset), doivent être composés des mêmes membres.

3.2.2. Par « actionnaire dominant », la CREG entend, par analogie avec l'article 1^{er}, § 2, 1°, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité, toute personne physique ou morale et tout groupe de personnes agissant de concert qui détient, directement ou indirectement, 10 % au moins du capital du gestionnaire du réseau ou des droits de vote attachés aux titres émis par celui-ci.

Dans le « scénario Holdco », Holdco et la SA Elia Transmission Belgium ont les mêmes conseils d'administration, du moins dans une phase initiale. Suivant une application littérale de l'article 2, 30°, de la loi électricité, cela serait contraire à l'exigence pour un administrateur indépendant de ne pas avoir exercé, et *a fortiori* d'exercer, une fonction ou activité au service d'un actionnaire dominant. Holdco sera assurément un actionnaire dominant vu qu'il détiendra l'intégralité du capital de la SA Elia Transmission Belgium à une action près.

Dans sa notification du 28 juin 2019, Elia avance des arguments en faveur d'une interprétation téléologique de la disposition en question, à savoir que le terme « actionnaire dominant » ne pourrait s'appliquer qu'à Publi-T en tant qu'actionnaire indirect du futur gestionnaire de réseau. Tout d'abord, Elia affirme que le fait qu'un administrateur indépendant soit en même temps administrateur indépendant de Holdco et Newco ne pourrait pas avoir en soi un effet négatif sur l'indépendance de cet administrateur pour la gestion du gestionnaire de réseau, pour autant que son indépendance à l'égard de l'actionnaire ultime (Publi-T) soit préservée. En outre, un administrateur indépendant d'Elia Asset peut, selon Elia, être aussi un administrateur indépendant d'Elia System Operator, vu qu'il est explicitement prévu dans les statuts d'Elia Asset que la relation avec Elia System Operator n'est pas pertinente pour évaluer l'indépendance de l'administrateur, sauf en rapport avec Publi-T. D'après Elia, cette interprétation est conforme à l'objectif de la loi qui interdit aux administrateurs indépendants de travailler également pour l'actionnaire dominant ultime du gestionnaire de réseau. Dans ce cadre, Elia mentionne deux choses, résumées brièvement ci-après, à savoir :

- 1) qu'une lecture stricte de l'article 2, 30°, de la loi électricité pourrait mener à la conclusion que les administrateurs indépendants d'Elia System Operator dans sa forme actuelle ne pourraient pas être administrateurs indépendants de Newco après la mise en œuvre de la restructuration et qu'il serait surprenant qu'une telle situation corresponde à l'objectif de l'utilisation du terme « actionnaire dominant » dans la définition d'« actionnaire indépendant ».

³ 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.

⁴ Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte), art. 43.

- 2) qu'une analyse historique confirme qu'au moment de la mise en œuvre de l'article 2, 30°, de la loi électricité, le législateur a été sensible au fait que le gestionnaire de réseau faisait partie d'une entreprise verticalement intégrée, dans laquelle la/les même(s) personne(s) a/ont le droit de contrôler, directement ou indirectement, le gestionnaire de réseau et de détenir des parts dans le producteur ou fournisseur, mais que, dans le cas d'une dissociation complète de propriété, il n'est pas question d'une entreprise verticalement intégrée qui peut compromettre le traitement non discriminatoire de tous les utilisateurs de réseau.

Or, la restructuration proposée par Elia au moyen du « scénario Holdco » est une réponse aux objections que la CREG a formulées en matière de subsides croisés entre les activités régulées et non régulées d'Elia. La CREG adhère à la proposition d'Elia de dupliquer, lors d'une première phase de cette restructuration, la structure de gouvernance d'Elia sous sa forme actuelle dans la future SA Holdco et la SA Elia Transmission Belgium. La CREG a en effet contrôlé l'indépendance des administrateurs indépendants d'Elia lors de leur nomination et, le cas échéant, renomination. Durant leur mandat également, les administrateurs indépendants d'Elia ont été contrôlés par la CREG sur la base des modifications apportées à leurs mandats, telles que communiquées par Elia. Jusqu'ici, la CREG n'a pas constaté de problèmes qui pourraient compromettre leur indépendance formelle.

Bien que la CREG puisse suivre le raisonnement d'Elia, selon lequel l'article 2, 30°, de la loi électricité a été écrit à une époque où le gestionnaire de réseau était encore une entreprise verticalement intégrée et où l'exercice par un administrateur indépendant de fonctions ou activités au service d'un actionnaire dominant qui était producteur ou fournisseur d'électricité était exclu, la présente dissociation de propriété du gestionnaire de réseau ne constitue pas une permission pour ne plus prêter aucune valeur à cette exigence d'indépendance à l'égard d'un actionnaire dominant inscrite à l'article 2, 30°, de la loi électricité.

Au contraire, comme Elia l'indique également dans son dossier de demande du 28 juin 2019, l'administrateur indépendant doit préserver en toute circonstance son indépendance à l'égard de l'/des actionnaire(s) dominant(s) ultime(s). En outre, il va de soi que les administrateurs indépendants de la SA Elia Transmission Belgium, en tant que candidate gestionnaire du réseau, doivent agir en tout temps dans l'intérêt du gestionnaire de réseau, qui accomplit une mission d'intérêt général.

En cas de duplication des conseils d'administration de Holdco et d'Elia Transmission Belgium SA dans le « scénario Holdco », les administrateurs indépendants peuvent par ailleurs se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts, notamment en cas de décisions du conseil d'administration de Holdco pouvant entraîner des (risques de) subsidiations croisées entre activités régulées et non régulées. En effet, l'intérêt de la société n'est pas identique dans le cas de Holdco et d'Elia Transmission Belgium SA et il convient de se demander à qui l'administrateur indépendant manifesterait en pratique sa loyauté/son attention : Holdco ou le gestionnaire de réseau. L'administrateur indépendant devrait en tout temps consacrer une attention particulière à la mission d'intérêt général remplie par le gestionnaire de réseau. Afin d'éviter les conflits d'intérêts, il serait plus sain, selon la CREG, que les administrateurs indépendants de Holdco et d'Elia Transmission Belgium SA ne soient à terme plus les mêmes personnes. Si le « scénario Holdco » précité devait se réaliser, la CREG conseille de veiller, lors de futurs tours de nomination, à ce que les administrateurs indépendants de Holdco et Elia Transmission Belgium SA soient des personnes différentes.

La CREG considère le projet de statuts de la future Holdco (article 13.3.1), où le nombre d'administrateurs indépendants est ramené à (au moins) trois, comme une indication qu'Elia œuvrera effectivement, lors d'une prochaine phase de la restructuration, à un dédoublement du groupe d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration des SA Holdco et la SA Elia Transmission Belgium, afin d'éviter de cette manière toute situation pouvant entraîner un conflit d'intérêt dans le chef des administrateurs indépendants et d'évoluer ainsi vers une structure de gouvernance plus saine des SA Holdco/Elia Transmission Belgium.

Par ailleurs, l'administrateur indépendant du gestionnaire de réseau doit naturellement continuer de répondre aux exigences d'indépendance des sociétés liées au gestionnaire de réseau découlant du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019. Enfin, dans le cadre de futures rondes de nomination, la procédure de nomination des administrateurs indépendants devra être suivie scrupuleusement, à savoir une nomination sur proposition du comité de gouvernance d'entreprise de la SA Elia Transmission Belgium qui aura été institué entre-temps (article 9, § 5, 1°, de la loi électricité).

4. La CREG estime que l'indépendance formelle, telle qu'elle découle de l'article 2, 30°, de la loi électricité, ne constitue pas une condition suffisante pour garantir l'indépendance réelle à l'égard des utilisateurs du réseau et ainsi faire en sorte que le processus décisionnel serve l'intérêt général. Une personne indépendante sur le plan formel, mais qui n'est pas motivée, disponible ou compétente ou qui ne dispose pas de l'esprit critique nécessaire, ne remplira pas dûment sa fonction de membre du conseil d'administration et ne contribuera dès lors pas à la réalisation de l'intérêt de la société et de l'intérêt général.

La loi électricité n'a cependant pas explicitement défini ces éléments de contenu comme exigences d'indépendance. Compte tenu de cette donnée ainsi que de l'impossibilité pratique de contrôler ou de « mesurer » la motivation et l'esprit critique d'une personne et, pour ainsi dire, de se mettre dans la tête des administrateurs, la CREG limite ci-après son examen à l'indépendance formelle de monsieur Bernard Gustin au sens de l'article 2, 30°, de la loi électricité.

5. Il va de soi que l'avis de la CREG est basé sur des faits et éléments dont la CREG a connaissance au moment de rendre le présent avis. Cela signifie que, si la situation de l'administrateur indépendant venait à changer, d'une manière compromettant l'indépendance de cet administrateur indépendant, la CREG se réservera le droit d'entreprendre toutes actions qu'elle juge utiles ou nécessaires sur la base de ces nouveaux éléments.

3. EXAMEN DE L'INDEPENDANCE

6. L'article 2, 30°, de la loi électricité définit un « administrateur indépendant » comme tout administrateur non exécutif qui, d'une part, répond aux conditions du Code des sociétés et, d'autre part, n'a pas exercé au cours des vingt-quatre mois précédant sa désignation, une fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur autre qu'un auto-producteur, de l'un des propriétaires du réseau, d'un gestionnaire de réseau de distribution, d'un intermédiaire, d'un fournisseur ou d'un actionnaire dominant. La CREG renvoie à ce sujet à ce qu'elle a exposé à la section 2 du présent avis.

7. Dans son avis n° (A)170629-CDC-1643, la CREG est arrivée à la conclusion que monsieur Bernard Gustin répondait, en date du 29 juin 2017, à toutes les exigences formelles d'indépendance figurant à l'article 2, 30° de la loi électricité.

8. Dans le cadre du présent avis, il a été déclaré sur l'honneur par monsieur Bernard Gustin que la liste des mandats communiqués à la CREG dans le cadre de la certification d'Elia et l'avis de la CREG visé à l'article 9, § 2 de la loi électricité, puis dans le cadre du contrôle par la CREG des exigences d'indépendance, est complète et n'a en rien été modifiée. La liste mise à jour exhaustive des fonctions et mandats est soumise une nouvelle fois à la CREG.

Dans le cadre de son contrôle du respect des exigences d'indépendance, la CREG n'a jusqu'ici constaté aucune incompatibilité. Aucun élément compromettant l'indépendance formelle de monsieur Bernard Gustin n'a été relevé.

9. Toujours dans le cadre du présent avis, monsieur Bernard Gustin a une nouvelle fois complété et signé la déclaration sur l'honneur dans le cadre de l'article 2, 30° de la loi électricité, certes adaptée aux critères d'indépendance applicables figurant dans le Code belge de gouvernance d'entreprise 2020, et a répondu par la négative à toutes les questions visant à mettre au jour des liens ou fonctions interdits.

10. On peut dès lors conclure que monsieur Bernard Gustin répond à ce jour à toutes les exigences d'indépendance figurant à l'article 2, 30°, de la loi électricité.

11. Dans la section 2 du présent avis, la CREG a déjà fait remarquer que l'indépendance formelle, telle qu'elle découle de l'article 2, 30°, de la loi électricité, ne constitue pas une condition suffisante pour garantir une indépendance réelle par rapport aux parties nommées à l'article 2, 30°, deuxième tiret, de la loi électricité et pour ainsi faire en sorte que le processus décisionnel serve l'intérêt général. Il est indéniable que monsieur Bernard Gustin devra également faire preuve, dans les faits, d'indépendance et d'esprit critique, comme tout administrateur d'ailleurs, tout en étant conscient que le gestionnaire de réseau, qui bénéficie d'un monopole légal en matière de gestion du réseau de transport, doit agir dans l'intérêt de toutes les parties prenantes et doit traiter tous les utilisateurs du réseau de manière non discriminatoire.

12. Il est attendu du gestionnaire de réseau qu'il notifie immédiatement la CREG toute modification qui serait apportée à la liste des mandats et fonctions de monsieur Bernard Gustin ainsi que tout élément de nature à pouvoir entraver son indépendance.

Si la CREG prend connaissance de nouveaux éléments de nature à pouvoir entraver l'indépendance de monsieur Bernard Gustin, elle se réserve le droit de prendre toutes les actions qu'elle estime nécessaires ou utiles.

4. CONCLUSION

13. Compte tenu de ce qui précède, la CREG constate, sur la base de l'ensemble des documents transmis, que monsieur Bernard Gustin répond actuellement aux exigences formelles d'indépendance visées à l'article 2, 30°, de la loi électricité et formule un avis conforme favorable sur l'indépendance de monsieur Bernard Gustin pour le mandat d'administrateur indépendant auprès de la SA Elia Transmission Belgium en vertu de l'article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, de la loi électricité.

Le présent avis est émis sous réserve expresse de la réalisation du « scénario Holdco » et de la désignation de la SA Elia Transmission Belgium en tant que gestionnaire de réseau par le ministre fédéral en charge de l'énergie.

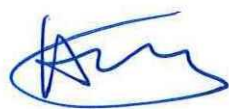
14. La CREG attend de monsieur Bernard Gustin qu'il fasse preuve, dans les faits, d'indépendance et d'esprit critique, comme tout administrateur d'ailleurs, tout en étant conscient que le gestionnaire de réseau, qui bénéficie d'un monopole légal en matière de gestion du réseau de transport, doit agir dans l'intérêt de toutes les parties prenantes et doit traiter tous les utilisateurs du réseau de manière non discriminatoire.

15. Il est attendu du gestionnaire de réseau qu'il notifie sans délai à la CREG toute modification qui serait apportée à la liste des mandats et fonctions de monsieur Bernard Gustin, ainsi que tout élément de nature à pouvoir entraver son indépendance.

Si la CREG prend connaissance de nouveaux éléments de nature à pouvoir entraver l'indépendance de monsieur Bernard Gustin, elle se réserve le droit de prendre toutes les actions qu'elle estime nécessaires ou utiles.

16. Afin d'éviter des conflits d'intérêts potentiels et compte tenu de ce qui est exposé au paragraphe 3.2.2, la CREG recommande de veiller à terme, lors de futurs tours de nomination, à ce que les administrateurs indépendants de Holdco et Elia Transmission Belgium SA ne soient pas les mêmes personnes.

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



Andreas TIREZ
Directeur



Koen LOCQUET
Président f.f. du Comité de Direction