

Advies

(A)1974

12 september 2019

Advies over de onafhankelijkheid van de mevrouw
Roberte Kesteman als onafhankelijke bestuurder in
de raad van bestuur van Elia Transmission Belgium
NV

Artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, van de wet van 29 april 1999
betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt

Niet vertrouwelijk

INHOUDSOPGAVE

INHOUDSOPGAVE.....	2
1. INLEIDING	3
2. ALGEMENE OPMERKINGEN.....	4
3. ONDERZOEK VAN DE ONAFHANKELIJKHEID.....	11
4. CONCLUSIE	12

1. INLEIDING

De COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS (CREG) ontving per brief van 28 juni 2019 kennisgeving door Elia System Operator NV (hierna: Elia) van de vertrouwelijke plannen tot herstructurering van Elia waarbij Elia zou worden omgevormd naar een genoteerde holdingvennootschap ("Holdco") die deelnemingen zou bezitten in meerdere filialen, waaronder een nieuw op te richten filiaal dat de activiteiten van netbeheerder zou uitoefenen in België ("Newco"). Dit scenario wordt door Elia het "scenario Holdco" genoemd.

In het "scenario Holdco" zouden onder meer de huidige onafhankelijke bestuurders van Elia, waaronder de mevrouw Roberte Kesteman, als onafhankelijke bestuurders blijven fungeren in de raad van bestuur van Holdco NV en tevens benoemd worden als onafhankelijke bestuurders in de raad van bestuur van het nieuw op te richten Newco NV (vennootschappen die aldus Elia respectievelijk de naam "Elia Group NV" en "Elia Transmission Belgium NV" zouden dragen). Elia Transmission Belgium NV werd inmiddels opgericht, met bekendmaking van de oprichtingsakte in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 7 augustus 2019. De benaming "Elia Transmission Belgium NV" zal dan ook hierna zoveel mogelijk worden gehanteerd in plaats van "Newco" NV.

De voornoemde kennisgeving gebeurt onder andere met het oog op het bekomen van het eensluidend advies van de CREG over de onafhankelijkheid van de onafhankelijke bestuurders die aldus in Elia Transmission Belgium NV als toekomstige transmissienetbeheerder zouden worden en inmiddels werden benoemd, en dit met toepassing van artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna "de elektriciteitswet").

Elia maakte aan de CREG, per brief van 28 juni 2019, de volgende documenten over specifiek in verband met de onafhankelijkheid van de mevrouw Roberte Kesteman als onafhankelijke bestuurder van Elia Transmission Belgium NV:

- een verklaring op eer in het kader van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet dd. 25 juni 2019;
- een verklaring op eer betreffende de afwezigheid van functies voor bedrijven die rechtstreeks of onrechtstreeks (via een dochteronderneming) een functie van productie of levering van elektriciteit uitoefenen dd. 25 juni 2019, waarin tevens een verklaring op eer is opgenomen dat de lijst van mandaten, zoals eerder meegedeeld aan de CREG in het kader van de certificering van Elia en (wat betreft de onafhankelijke bestuurders) het advies van de CREG met toepassing van artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, van de elektriciteitswet en later in het kader van de monitoring van de onafhankelijkheidsvereisten, nog steeds actueel is en dat er niets aan gewijzigd is. De lijst van mandaten wordt ter verificatie toegevoegd.

Op basis van deze informatie heeft de CREG de onafhankelijkheid van mevrouw Roberte Kesteman onderzocht.

Op zijn vergadering van 12 september 2019 besliste het directiecomité van de CREG tot het uitbrengen van het hiernavolgende advies over de onafhankelijkheid van Roberte Kesteman als onafhankelijke bestuurder van Elia Transmission Belgium NV, op basis van artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, van de elektriciteitswet. Huidig advies wordt evenwel gegeven onder uitdrukkelijk voorbehoud van de realisatie van het "scenario Holdco" en de aanwijzing van Elia Transmission Belgium NV als transmissienetbeheerder door de federale minister bevoegd voor energie.

2. ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Overeenkomstig artikel 9, § 2, eerste lid, eerste zin, van de elektriciteitswet is de raad van bestuur van de netbeheerder uitsluitend samengesteld uit niet-uitvoerende bestuurders en minstens voor de helft uit onafhankelijke bestuurders.

Naast hun onafhankelijkheid worden deze onafhankelijke bestuurders door de algemene vergadering benoemd deels om hun kennis inzake financieel beheer en deels om hun relevante kennis inzake technische zaken (artikel 9, § 2, eerste lid, derde zin, van de elektriciteitswet).

2. Wat de benoeming van onafhankelijke bestuurders betreft, voorziet de elektriciteitswet de volgende procedure:

- 1) het corporate governance comité stelt kandidaten voor aan de algemene vergadering van aandeelhouders voor de mandaten van onafhankelijk bestuurder (artikel 9, § 5, 1°, van de elektriciteitswet);
- 2) de onafhankelijke bestuurder wordt benoemd door het “bevoegd orgaan” van de netbeheerder (artikel 9, § 2, van de elektriciteitswet);
- 3) de CREG geeft een eensluidend advies betreffende de onafhankelijkheid van de in artikel 2, 30° bedoelde onafhankelijke bestuurders, zulks ten laatste binnen een periode van dertig dagen vanaf de ontvangst van de kennisgeving van de benoeming van deze onafhankelijke bestuurders (artikel 9, § 2, van de elektriciteitswet).

Alvorens de CREG advies geeft, dient de onafhankelijke bestuurder te zijn benoemd door het bevoegd orgaan van de netbeheerder op voorstel van het corporate governance comité. De CREG dient haar advies te geven binnen een termijn van dertig dagen vanaf de ontvangst van de kennisgeving van de benoeming.

Teneinde de plannen tot herstructurering van Elia evenwel te faciliteren, brengt de CREG huidig advies eerder uit, doch onder uitdrukkelijk voorbehoud van de realisatie van het “scenario Holdco” en de aanwijzing van Elia Transmission Belgium NV als netbeheerder door de federale minister bevoegd voor energie.

3. Overeenkomstig artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet is een onafhankelijke bestuurder elke niet-uitvoerende bestuurder die:

- voldoet aan de voorwaarden van artikel 524, § 4, van het Wetboek van vennootschappen en
- tijdens de vierentwintig maanden die zijn aanstelling voorafgegaan zijn, geen functie of activiteit heeft uitgeoefend, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een producent andere dan een zelfopwekker, van een van de neteigenaars, van een distributienetbeheerder, van een tussenpersoon, van een leverancier of van een dominerende aandeelhouder.

Een niet-uitvoerende bestuurder is elke bestuurder die geen directiefunctie vervult bij de netbeheerder of bij een van zijn dochterondernemingen (artikel 2, 29°, van de elektriciteitswet).

Hierna wordt stil gestaan bij beide elementen van de definitie van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet.

3.1. De onafhankelijke bestuurder voldoet aan de voorwaarden van artikel 524, § 4, van het Wetboek van vennootschappen

Het Wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999 werd met ingang vanaf 1 mei 2019 opgeheven door de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, onverminderd een aantal overgangsbepalingen voor bestaande vennootschappen. Elia Transmission Belgium NV betreft een nieuwe vennootschap aangezien deze werd opgericht na de inwerkingtreding van de voornoemde wet van 23 maart 2019. De CREG is van mening dat de verwijzingen in de elektriciteitswet (artikel 2, 30°, en artikel 9, § 1, tweede zin) naar artikel 524 van het oude Wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999 als dynamische verwijzingen naar de meest recente versie van dit wetboek moeten worden beschouwd. Dit brengt met zich mee dat voor Elia Transmission Belgium NV niet langer artikel 524, § 4, *juncto* artikel 526ter van het Wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999, maar wel artikel 7:87 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 de voorwaarden bevat waaraan een onafhankelijk bestuurder moet voldoen, ongeacht of de vennootschap een monistisch dan wel een duaal bestuur kent (cf. artikel 7:106). Elia System Operator NV heeft per schrijven van 27 augustus 2019 bevestigd dat Elia Transmission Belgium NV heeft geopteerd voor het monistisch systeem, wat ook blijkt uit de oprichtingsakte, te weten dat er enkel een raad van bestuur is en dat derhalve alle verstrekte verklaringen op eer slaan op de leden van een raad van bestuur en niet van een raad van toezicht.

Ingevolge artikel 2, 30°, en artikel 9, § 1, tweede zin, van de elektriciteitswet zijn de voorwaarden vervat in artikel 7:87 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 van toepassing op de netbeheerder, ook al is deze niet beursgenoteerd¹.

Artikel 7:87 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 bepaalt het volgende:

“§ 1. Een bestuurder in een genoteerde vennootschap wordt als onafhankelijk beschouwd indien hij met de vennootschap of met een belangrijke aandeelhouder ervan geen relatie onderhoudt die zijn onafhankelijkheid in het gedrang brengt. Is de bestuurder een rechtspersoon, dan moet de onafhankelijkheid worden beoordeeld zowel in hoofde van de rechtspersoon als van zijn vaste vertegenwoordiger.

Om na te gaan of een kandidaat bestuurder aan deze voorwaarde voldoet, worden de criteria toegepast uit de code voor deugdelijk bestuur die de Koning overeenkomstig artikel 3:6, § 2, vierde lid, aanduidt. De Koning waakt erover dat deze code een lijst van gepaste criteria bevat. Een kandidaat bestuurder die aan deze criteria beantwoordt, wordt, tot bewijs van het tegendeel, vermoed onafhankelijk te zijn.

Wanneer de raad van bestuur de kandidaatstelling van een onafhankelijke bestuurder die aan deze criteria niet voldoet voorlegt aan de algemene vergadering, zet hij de redenen uiteen waarom hij aanneemt dat de kandidaat daadwerkelijk onafhankelijk is als bedoeld in het eerste lid.

Een onafhankelijke bestuurder die niet langer aan voornoemde voorwaarden voldoet, stelt de raad van bestuur daarvan onverwijld in kennis via de voorzitter.

§ 2. In de ondernemingen waar een ondernemingsraad werd ingesteld in uitvoering van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, worden de namen van de voorgedragen onafhankelijke bestuurders voorafgaand aan de benoeming door de algemene vergadering, ter kennisgeving aan de ondernemingsraad medegedeeld. Eenzelfde procedure is vereist bij hernieuwing van het mandaat.”

¹ Zie bv. *Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, nr. 1725/001, (Memorie van toelichting) p. 34: “Overigens, nog steeds in lijn met de aanbevelingen van de CREG en naar analogie met artikel 8/2 van de huidige gaswet, is de bijzondere procedure voor de beursgenoteerde vennootschap toepasselijk verklaard voor de TNB, zelfs indien deze laatste niet op de beurs genoteerd zou zijn”.

De criteria voor onafhankelijkheid bedoeld in dit artikel 7:87, § 1, tweede lid, zijn deze vervat in principe 3.5 van de Belgische corporate governance code 2020². Bij koninklijk besluit van 12 mei 2019 werd de Belgische corporate governance code 2020 als enige code aangewezen in de zin van artikel 3:6, § 2, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019:

“PRINCIPE 3

DE VENNOOTSCHAP HEEFT EEN DOELTREFFENDE EN EVENWICHTIG SAMENGESTELDE RAAD
SAMENSTELLING

[...]

3.5 Om als onafhankelijk bestuurder gekwalificeerd te kunnen worden, voldoet een bestuurder aan de volgende criteria:

1. geen lid zijn van het uitvoerend management of een functie uitoefenen als persoon belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap of een daarmee verbonden vennootschap of persoon, noch een dergelijke positie hebben uitgeoefend gedurende een tijdvak van drie jaar voorafgaand aan de benoeming. Of niet langer genieten van aandelenopties van de vennootschap met betrekking tot deze positie;
2. niet langer dan 12 jaar een mandaat hebben uitgeoefend als niet-uitvoerend bestuurder;
3. geen deel uitmaken van het leidinggevend personeel (in de zin van artikel 19, 2°, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven), van de vennootschap of een daarmee verbonden vennootschap of persoon, noch een dergelijke positie hebben uitgeoefend gedurende een tijdvak van drie jaar voorafgaand aan de benoeming. Of niet langer genieten van aandelenopties van de vennootschap met betrekking tot deze positie;
4. noch tijdens zijn mandaat, noch gedurende een tijdvak van drie jaar voorafgaand aan de benoeming, enige betekenisvolle vergoeding of ander belangrijk voordeel van vermogensrechtelijke aard ontvangen of hebben ontvangen van de vennootschap of van een daarmee verbonden vennootschap of persoon, buiten de vergoeding die zij ontvangen of hebben ontvangen als niet-uitvoerend bestuurder;
5. a. geen aandelen bezitten, noch rechtstreeks of onrechtstreeks, noch individueel of in onderling overleg, die globaal een tiende of meer vertegenwoordigen van het kapitaal van de vennootschap of een tiende of meer van de stemrechten in de vennootschap ten tijde van de benoeming;
- 5 b. in geen geval zijn voorgedragen door een aandeelhouder die voldoet aan de voorwaarden omschreven onder punt (a);
6. geen betekenisvolle zakelijke relatie hebben of in het jaar voorafgaand aan de benoeming hebben gehad met de vennootschap of met een daarmee verbonden vennootschap of persoon, noch rechtstreeks, noch als vennoot, aandeelhouder, lid van de raad of lid van het leidinggevend personeel (in de zin van artikel 19, 2°, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven) van een vennootschap of persoon die een dergelijke relatie onderhoudt;

² https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/belgische_corporate_governance_code_2020.pdf

7. in de drie jaar voorafgaand aan de benoeming geen partner of lid zijn of zijn geweest van het audit-team van de vennootschap of de persoon die de externe auditor van de vennootschap of een daarmee verbonden vennootschap of persoon is, of was gedurende de laatste drie jaar voor de benoeming;

8. geen lid zijn van het uitvoerend management van een andere vennootschap waarin een lid van het uitvoerend management van de vennootschap zetelt in de hoedanigheid van een niet-uitvoerend bestuurder, en geen andere belangrijke banden hebben met uitvoerende bestuurders van de vennootschap uit hoofde van functies bij andere vennootschappen of organen;

9. geen echtgenoot, wettelijk samenwonende partner of bloed- of aanverwanten tot de tweede graad hebben die in de vennootschap of in een daarmee verbonden vennootschap of persoon, een mandaat van bestuurder of lid van het uitvoerend management of persoon belast met het dagelijks bestuur of lid van het leidinggevend personeel (in de zin van artikel 19, 2°, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven) uitoefenen, of die behoren tot de andere gevallen, beschreven in de punten 1. tot 8., en met betrekking tot punt 2., tot drie jaar nadat het betreffende familielid zijn laatste mandaat beëindigde.”

Het principe “*comply or explain*” geldt (artikel 7:87, § 1, derde lid): “*Wanneer de raad van bestuur de kandidaatstelling van een onafhankelijke bestuurder die aan deze criteria niet voldoet voorlegt aan de algemene vergadering, zet hij de redenen uiteen waarom hij aanneemt dat de kandidaat daadwerkelijk onafhankelijk is als bedoeld in het eerste lid*”.

De kandidaat bestuurder wordt bovendien vermoed onafhankelijk te zijn tot bewijs van het tegendeel (artikel 7:87, § 1, tweede lid, *in fine*).

3.2. De onafhankelijke bestuurder heeft tijdens de vierentwintig maanden die zijn aanstelling voorafgegaan zijn, geen functie of activiteit uitgeoefend, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een producent andere dan een zelfopwekker, van een van de neteigenaars, van een distributienetbeheerder, van een tussenpersoon, van een leverancier of van een dominerende aandeelhouder

Artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet voegt een bijkomende voorwaarde toe ten opzichte van de definitie van onafhankelijke bestuurder in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019.

Met toepassing van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet moeten de onafhankelijke bestuurders immers onafhankelijk zijn van “een producent andere dan een zelfopwekker, van een van de neteigenaars, van een distributienetbeheerder, van een tussenpersoon, van een leverancier of van een dominerende aandeelhouder”. Zij moeten dit volgens de CREG niet alleen zijn tijdens de vierentwintig maanden die hun aanstelling voorafgegaan zijn, maar *a fortiori* tijdens de hele duur van hun mandaat als onafhankelijke bestuurder.

Hoewel de twee bovenvermelde definities, d.w.z. de definitie van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en de definitie van de elektriciteitswet, sterk op elkaar lijken, is er toch een belangrijk verschil: in de eerste definitie beoogt de onafhankelijkheid een onafhankelijkheid van de aandeelhouders; deze heeft tot doel de (financiële) belangen van de aandeelhouders te vrijwaren en dus de kwaliteit van het bestuur van de onderneming te verzekeren. In de andere definitie beoogt de onafhankelijkheid ook de onafhankelijkheid ten aanzien van de leveranciers, tussenpersonen, producenten en distributienetbeheerders op de elektriciteitsmarkt; zij wenst de nodige garanties in te bouwen opdat de onderneming niet alleen naar behoren wordt bestuurd in het belang van alle “*stakeholders*” (en dus niet uitsluitend in het belang van de aandeelhouders), maar ook opdat de

onderneming die voor een periode van twintig jaar het wettelijk monopolie voor het beheer van het transmissienet heeft verkregen alle netgebruikers op voet van gelijkheid behandelt.

De termen “producent”, “zelfopwekker”, “neteigenaar”, “distributienetbeheerder”, “leverancier” en “tussenpersoon” hebben de betekenis bepaald in artikel 2 van de elektriciteitswet.

3.2.1. Wat de vereiste van onafhankelijkheid ten opzichte van “een van de neteigenaars” betreft, is de CREG van mening dat deze zonder voorwerp is: het begrip “neteigenaars”, zoals gedefinieerd in artikel 2, 9°, van de elektriciteitswet (“*de eigenaars van de infrastructuur en uitrusting die deel uitmaken van het transmissienet, met uitsluiting van de netbeheerder en zijn dochterondernemingen*”) is immers strijdig met één van de vereisten van het regime van volledige eigendomsontvlechting (*full ownership unbundling*) vervat in de derde elektriciteitsrichtlijn³ en de herschikking van deze richtlijn⁴ (met name dat de eigenaar van een transmissiesysteem ook dient op te treden als beheerder van dit systeem). Bij de omzetting van de derde elektriciteitsrichtlijn werd er door de Belgische wetgever geopteerd om de eigendomsontvlechting als enig ontvlechtigingsmodel in de Belgische wetgeving op te nemen en daarnaast de uniciteit in het beheer van het transmissienet te handhaven. De definitie van het begrip “neteigenaars” in artikel 2, 9°, van de elektriciteitswet werd echter ten onrechte niet aangepast bij deze omzetting. Bovendien is de vereiste van onafhankelijkheid ten opzichte van “een van de neteigenaars” in strijd met artikel 9bis, §3, van de elektriciteitswet dat bepaalt dat onder meer de raden van bestuur van de netbeheerder en zijn dochterondernemingen bedoeld in § 1, eerste lid (waaronder momenteel Elia Asset NV) moeten samengesteld zijn uit dezelfde leden.

3.2.2. De CREG verstaat onder “dominerende aandeelhouder”, naar analogie met artikel 1, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 betreffende het beheer van het nationaal transmissienet voor elektriciteit, elke natuurlijke of rechtspersoon en elke groep personen die in onderling overleg optreden, die, rechtstreeks of onrechtstreeks, ten minste 10 % bezit van het kapitaal van de netbeheerder of van de stemrechten verbonden aan de effecten die door hem zijn uitgegeven.

In het “scenario Holdco” zullen Holdco en Elia Transmission Belgium NV, althans in een beginfase, dezelfde raden van bestuur hebben. Volgens een letterlijke toepassing van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet zou dit in strijd komen met de vereiste voor een onafhankelijke bestuurder geen functies of activiteiten te hebben uitgeoefend, *a fortiori* uit te oefenen, ten dienste van een dominerende aandeelhouder. Holdco zal immers ontegensprekelijk een dominerende aandeelhouder zijn aangezien het op één aandeel na het volledige kapitaal van Elia Transmission Belgium NV in handen zal hebben.

Elia brengt argumenten aan in haar kennisgeving van 28 juni 2019 voor een teleologische interpretatie van de betrokken bepaling, nl. dat de term “dominerende aandeelhouder” enkel van toepassing zou mogen zijn op Publi-T als onrechtstreekse aandeelhouder van de toekomstige netbeheerder. Vooreerst stelt Elia dat het feit dat een onafhankelijke bestuurder terzelfdertijd onafhankelijke bestuurder zou zijn van Holdco en Newco op zich geen negatief effect zou mogen hebben op de onafhankelijkheid van deze bestuurder voor het beheer van de netbeheerder, voor zover zijn onafhankelijkheid ten aanzien van de ultieme aandeelhouder (Publi-T) wordt behouden. Bovendien kan, aldus Elia, een onafhankelijke bestuurder van Elia Asset eveneens een onafhankelijke bestuurder zijn van Elia System Operator omdat uitdrukkelijk voorzien is in de statuten van Elia Asset dat de relatie met Elia System Operator niet pertinent is om de onafhankelijkheid van de bestuurder te evalueren, behoudens in verband met Publi-T. Deze interpretatie is volgens Elia conform met het doel van de wet die onafhankelijke bestuurders verbiedt om eveneens te werken voor de ultieme dominerende

³ 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.

⁴ Richtlijn (EU)2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (herschikking), art. 43.

aandeelhouder van de netbeheerder. Elia vermeldt in dat verband twee zaken, die hierna kort worden samengevat, nl.:

- 1) dat een strikte lezing van artikel 2,30°, van de elektriciteitswet tot de conclusie zou leiden dat de onafhankelijke bestuurders van Elia System Operator in haar huidige vorm geen onafhankelijke bestuurders zouden kunnen zijn van Newco na de implementatie van de herstructurering en het tot verbazing zou strekken dat een dergelijke situatie zou overeenstemmen met de bedoeling van het gebruik van de term “dominerende aandeelhouder” in de definitie van “onafhankelijke bestuurder”.
- 2) dat een historische analyse bevestigt dat de wetgever, bij de invoering van artikel 2, 30°, in de elektriciteitswet, gevoelig is geweest voor de omstandigheid dat de netbeheerder deel uitmaakte van een verticaal geïntegreerde onderneming waarin dezelfde persoon/personen het recht heeft/hebben om de netbeheerder, rechtstreeks of onrechtstreeks, te controleren en aandelen te hebben in de producent of leverancier, maar dat in geval van volledige eigendomsontvlechting er geen sprake is van een verticaal geïntegreerde onderneming die de niet-discriminatoire behandeling van alle netgebruikers in gevaar kan brengen.

Welnu, de door Elia voorgestelde herstructurering door middel van het “scenario Holdco” is een antwoord op de bezwaren die de CREG heeft gemaakt inzake kruissubsidiëring tussen de gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten van Elia. De CREG kan zich vinden in het voorstel van Elia om in een eerste fase van deze herstructurering de *governance* structuur van het huidige Elia te dupliceren in het toekomstige Holdco NV en Elia Transmission Belgium NV. De CREG heeft de onafhankelijkheid van de onafhankelijke bestuurders van Elia immers gemonitord bij hun benoeming en in voorkomend geval hun herbenoeming. Ook tijdens de duur van hun mandaat werden de onafhankelijke bestuurders van Elia gemonitord door de CREG aan de hand van de wijzigingen in mandaten die haar door Elia werden meegedeeld. De CREG heeft tot op heden geen problemen vastgesteld die hun formele onafhankelijkheid in het gedrang brengen.

Hoewel de CREG de redenering van Elia kan volgen dat artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet geschreven is in een tijd waarin de netbeheerder nog een verticaal geïntegreerde onderneming was en de uitoefening door een onafhankelijke bestuurder van functies of activiteiten voor een dominerende aandeelhouder die producent of leverancier van elektriciteit was, uit den boze was, is de huidige eigendomsontvlechting van de netbeheerder geen vrijgeleide om aan deze vereiste van onafhankelijkheid ten aanzien van een dominerende aandeelhouder in artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet geen enkele waarde meer te hechten.

Integendeel, zoals Elia ook zelf aangeeft in haar aanvraagdossier van 28 juni 2019, moet de onafhankelijke bestuurder in elk geval zijn onafhankelijkheid behouden ten aanzien van de ultieme dominerende aandeelhouder(s). Bovendien spreekt het voor zich dat de onafhankelijke bestuurders van Elia Transmission Belgium NV als kandidaat netbeheerder ten allen tijde dienen op te treden in het belang van de netbeheerder, die een taak van algemeen belang vervult.

De onafhankelijke bestuurders, in geval van de duplicatie van de raden van bestuur van Holdco en Elia Transmission Belgium NV in het “scenario Holdco”, kunnen overigens in een situatie van belangenconflict komen, onder meer in geval van beslissingen van de raad van bestuur van Holdco die (risico's op) kruissubsidies tussen gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten met zich mee kunnen brengen. Het vennootschapsbelang van Holdco en Elia Transmission Belgium NV is immers niet identiek en de vraag is maar waar de loyaliteit/aandacht van de onafhankelijke bestuurder in de praktijk desgevallend zal liggen, bij Holdco of bij de netbeheerder. De onafhankelijke bestuurder zou te allen tijde bijzondere aandacht moeten hebben voor de taak van algemeen belang die de netbeheerder vervult. Teneinde belangenconflicten te vermijden, zou het volgens de CREG een gezondere situatie zijn dat de onafhankelijke bestuurders bij Holdco en Elia Transmission Belgium NV op termijn niet dezelfde personen zijn. De CREG adviseert dan ook om, in geval van de realisatie van het voorgenomen “scenario Holdco”, er ter gelegenheid van toekomstige benoemingsrondes voor te

zorgen dat de onafhankelijke bestuurders binnen Holdco en Elia Transmission Belgium NV verschillende personen te zijn.

Het ontwerp van statuten van het toekomstige Holdco (artikel 13.3.1), waarbij het aantal onafhankelijke bestuurders wordt teruggebracht tot (minstens) drie, beschouwt de CREG als een aanwijzing dat Elia in een verdere fase van de herstructurering naar een ontubbeling van de groep onafhankelijke bestuurders binnen de raden van bestuur van Holdco NV en Elia Transmission Belgium NV toewerkt teneinde op die manier elke mogelijke situatie die aanleiding zou kunnen geven tot enig belangenconflict in hoofde van de onafhankelijke bestuurders te vermijden en zodoende naar een meer gezonde *governance*-structuur van Holdco/Elia Transmission Belgium NV te evolueren.

Daarnaast moet de onafhankelijke bestuurder van de netbeheerder uiteraard blijven voldoen aan de vereisten inzake onafhankelijkheid van de met de netbeheerder verbonden vennootschappen voortvloeiend uit het wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019. Ter gelegenheid van toekomstige benoemingsrondes dient de procedure voor benoeming van onafhankelijke bestuurders tenslotte nauwgezet te worden gevolgd, met name een benoeming op voorstel van het corporate governance comité van Elia Transmission Belgium NV dat dan inmiddels zal zijn opgericht (artikel 9, § 5, 1°, van de elektriciteitswet).

4. De CREG is van mening dat formele onafhankelijkheid, zoals zij voortvloeit uit artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet, geen voldoende voorwaarde is om een reële onafhankelijkheid te verzekeren ten aanzien van de netgebruikers en er zodoende voor te zorgen dat het beslissingsproces het algemeen belang dient. Iemand die formeel onafhankelijk is, maar niet gemotiveerd, beschikbaar of bekwaam is of niet over de nodige kritische ingesteldheid beschikt, zal zijn functie van lid van de raad van bestuur niet naar behoren vervullen en zal dus niet bijdragen tot het realiseren van het vennootschapsbelang en het algemeen belang.

De elektriciteitswet heeft deze inhoudelijke elementen echter niet expliciet gedefinieerd als vereisten van onafhankelijkheid. Rekening houdend met dit gegeven alsook de praktische onmogelijkheid om de motivatie en kritische ingesteldheid van een persoon te controleren of te “meten” en om, bij wijze van spreken, in het hoofd van bestuurders te kijken, beperkt de CREG haar onderzoek hierna tot een onderzoek naar de formele onafhankelijkheid van de mevrouw Roberte Kesteman in de zin van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet.

5. Uiteraard is het advies van de CREG gebaseerd op feiten en elementen waarvan de CREG weet heeft op het moment van het uitbrengen van onderhavig advies. Dit betekent dat indien de situatie van de onafhankelijke bestuurder zou wijzigen, en wel op een wijze dat daardoor de onafhankelijkheid van deze bestuurder in het gedrang komt, de CREG zich het recht voorbehoudt om op grond van deze nieuwe elementen alle acties te ondernemen die zij nodig of nuttig acht.

3. ONDERZOEK VAN DE ONAFHANKELIJKHEID

6. In artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet wordt bepaald dat een “onafhankelijke bestuurder” elke niet-uitvoerende bestuurder is die enerzijds voldoet aan de voorwaarden van het Wetboek van vennootschappen en anderzijds tijdens de vierentwintig maanden die zijn aanstelling voorafgegaan zijn, geen functie of activiteit heeft uitgeoefend, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een producent andere dan een zelfopwekker, van een van de neteigenaars, van een distributienetbeheerder, van een tussenpersoon, van een leverancier of van een dominerende aandeelhouder. De CREG verwijst naar wat zij hierover heeft uiteengezet in deel 2 van dit advies.

7. De CREG is in haar advies nr. (A)171221-CDC-1714 tot het besluit gekomen dat mevrouw Roberte Kesteman op datum van 21 december 2017 voldeed aan alle formele onafhankelijkheidsvereisten vervat in artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet.

8. Er wordt, in het kader van huidig advies, door mevrouw Roberte Kesteman op eer verklaard dat de lijst van mandaten meegedeeld aan de CREG in het kader van de certificering van Elia en het advies van de CREG bedoeld in artikel 9, § 2, van de elektriciteitswet, en nadien in het kader van de controle door de CREG van de onafhankelijkheidsvereisten, volledig is en dat daaraan niets is gewijzigd. De volledige geactualiseerde lijst van functies en mandaten wordt overigens opnieuw aan de CREG bezorgd.

De CREG heeft in het kader van haar controle op de naleving van de onafhankelijkheidsvereisten tot op heden geen onverenigbaarheden vastgesteld. Er zijn geen elementen aan het licht gekomen die de formele onafhankelijkheid van mevrouw Roberte Kesteman in het gedrang brengen.

9. Ook in het kader van huidig advies heeft mevrouw Roberte Kesteman opnieuw de verklaring op eer in het kader van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet, weliswaar aangepast aan de toepasselijke criteria voor onafhankelijkheid vervat in de Belgische corporate governance code 2020, ingevuld en ondertekend en alle vragen daarin die peilen naar verboden banden of functies ontkennend beantwoord.

10. Er kan derhalve worden besloten dat mevrouw Roberte Kesteman op heden beantwoordt aan alle onafhankelijkheidsvereisten vervat in artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet.

11. De CREG heeft in deel 2 van dit advies reeds opgemerkt dat formele onafhankelijkheid, zoals deze voortvloeit uit artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet, geen voldoende voorwaarde is om een reële onafhankelijkheid te verzekeren ten aanzien van de in artikel 2, 30°, tweede streepje, van de elektriciteitswet genoemde partijen en om er zodoende voor te zorgen dat het beslissingsproces het algemeen belang dient. Het hoeft geen betoog dat mevrouw Roberte Kesteman zich in de feiten, zoals het ten andere elke bestuurder past, ook onafhankelijk en kritisch dient op te stellen, in het bewustzijn dat de netbeheerder die een wettelijk monopolie geniet inzake het beheer van het transmissienet in het belang van alle *stakeholders* hoort op te treden en alle netgebruikers op niet-discriminatoire wijze dient te behandelen.

12. De netbeheerder wordt verwacht om de CREG onmiddellijk kennis te geven van elke wijziging in de lijst van mandaten en functies van mevrouw Roberte Kesteman alsook van elk element dat haar onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen.

Indien de CREG kennis krijgt van nieuwe elementen die de onafhankelijkheid van mevrouw Roberte Kesteman in het gedrang kunnen brengen, behoudt zij zich het recht voor alle acties te ondernemen die zij nuttig of nodig acht.

4. CONCLUSIE

13. Rekening houdend met wat voorafgaat, stelt de CREG, op basis van het geheel van overgemaakte documenten, vast dat de mevrouw Roberte Kesteman op heden voldoet aan de formele vereisten van onafhankelijkheid bedoeld in artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet en brengt zij, op basis van artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, van de elektriciteitswet een gunstig eensluidend advies uit over de onafhankelijkheid van mevrouw Roberte Kesteman voor het mandaat van onafhankelijke bestuurder bij Elia Transmission Belgium NV.

Huidig advies wordt evenwel gegeven onder uitdrukkelijk voorbehoud van de realisatie van het "scenario Holdco" en de aanwijzing van Elia Transmission Belgium NV als netbeheerder door de federale minister bevoegd voor energie.


14. De CREG rekent en vertrouwt er in voorkomend geval op dat mevrouw Roberte Kesteman zich in de feiten, zoals het ten andere elke bestuurder past, ook onafhankelijk en kritisch zal opstellen, in het bewustzijn dat de netbeheerder die een wettelijk monopolie geniet inzake het beheer van het transmissienet in het belang van alle *stakeholders* hoort op te treden en alle netgebruikers op niet-discriminatoire wijze dient te behandelen.

15. De netbeheerder wordt verwacht om de CREG onmiddellijk kennis te geven van elke wijziging in de lijst van mandaten en functies van mevrouw Roberte Kesteman alsook van elk element dat haar onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen.

Indien de CREG kennis krijgt van nieuwe elementen die de onafhankelijkheid van mevrouw Roberte Kesteman in het gedrang kunnen brengen, behoudt zij zich het recht voor alle acties te ondernemen die zij nuttig of nodig acht.

16. Teneinde mogelijke belangenconflicten te vermijden en rekening houdend met wat uiteengezet wordt in paragraaf 3.2.2, adviseert de CREG om er op termijn, ter gelegenheid van toekomstige benoemingsrondes, voor te zorgen dat de onafhankelijke bestuurders binnen Holdco en Elia Transmission Belgium NV niet dezelfde personen zijn.

Voor de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas:



Andreas TIREZ
Directeur



Koen Locquet
Wvd. Voorzitter van het Directiecomité