

Avis

(A)2088

17 juillet 2020

Avis relatif à l'indépendance de monsieur Frank Donck en tant qu'administrateur indépendant du conseil d'administration de la SA Elia Transmission Belgium et de la SA Elia Asset

Article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase et article *9bis*, § 2, 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	3
3. EXAMEN DE L'INDEPENDANCE	10
4. CONCLUSION	12

1. INTRODUCTION

Par lettre du 24 juin 2020, la COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ (CREG) a notamment reçu notification d'Elia Transmission Belgium SA de la renomination de monsieur Frank Donck en tant qu'administrateur indépendant du conseil d'administration d'Elia Transmission Belgium SA et d'Elia Asset SA (ci-après dénommées conjointement « Elia »).

La notification susmentionnée vise à obtenir l'avis conforme de la CREG sur l'indépendance de monsieur Frank Donck en tant qu'administrateur indépendant, conformément à l'article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, et à l'article 9bis, § 2, deuxième phrase de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : « la loi électricité »).

Par e-mail du 11 juin 2020, Elia a soumis les documents suivants à la CREG concernant spécifiquement l'indépendance de monsieur Frank Donck en tant qu'administrateur indépendant d'Elia :

- une déclaration sur l'honneur, conformément à l'article 2, 30° de la loi électricité du 3 juin 2020 ;
- 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, datée du 10 juin 2020 ;
- la liste exhaustive des mandats et fonctions de monsieur Frank Donck en date du 3 juin 2020 ;
- la proposition du comité de gouvernance d'entreprise d'Elia du 13 mars 2020, visée à l'article 9, § 5, 1° de la loi électricité.

Le 13 mars 2020, le comité de gouvernance d'entreprise d'Elia a voté à la majorité en faveur du renouvellement du mandat de monsieur Frank Donck auprès d'Elia pour six ans. Sur la base de ces informations, la CREG a examiné l'indépendance de monsieur Frank Donck dans le délai légal de trente jours après réception de la notification de la nomination de monsieur Frank Donck par l'organe compétent du gestionnaire de réseau.

Lors de sa réunion du 9 juillet 2020, le comité de direction de la CREG a émis l'avis suivant à propos de l'indépendance de monsieur Frank Donck en tant qu'administrateur indépendant d'Elia, sur la base de l'article 9, § 2, alinéa premier, deuxième phrase, et l'article 9bis, § 2, deuxième phrase de la loi électricité.

2. REMARQUES GENERALES

1. Conformément à l'article 9, § 2, alinéa premier, première phrase de la loi 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 derniers 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 (article 9, § 2 de la loi électricité) ;
- 3) la CREG rend 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.

Conformément à l'article 9bis, § 2, deuxième phrase de la loi électricité, les compétences dont dispose la CREG 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 § 1^{er}, dont la SA Elia Asset. En application de l'article 9bis, § 3 de la loi électricité, notamment les conseils d'administration du gestionnaire du réseau et de chacune de ses filiales visées à l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa premier sont composés des mêmes membres, sauf exception autorisée par le ministre sur proposition de la CREG.

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 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 du 23 mars 2019 précitée. 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. Ainsi, pour Elia Transmission Belgium SA, l'article 7:87 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019 contient les conditions auxquelles un administrateur indépendant doit répondre, que la société soit constituée d'une administration moniste ou duale (cf. article 7:106). Elia Transmission Belgium SA a opté pour le système moniste, qui se reflète notamment dans l'acte constitutif.

En vertu de l'article 2, 30° et de l'article 9, § 1^{er}, deuxième phrase de la loi électricité, les conditions énoncées 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 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 quatre. 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 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 SOCIETE SE DOTE D'UN CONSEIL EFFICACE ET EQUILIBRE

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

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/belgische_corporate_governance_code_2020.pdf

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. 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 ;

5.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 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

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 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 les 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 tous les « stakeholders » (et donc pas uniquement dans l'intérêt de ses 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 devenue 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 d'*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 décidé de reprendre dans la législation belge la dissociation de propriété comme unique modèle de dissociation et en outre de 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 composées 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, désignent toute personne physique ou morale et tout groupe de personnes agissant de concert qui détient,

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.

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 actuel, Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA ont, au moins dans une phase initiale, les mêmes conseils d'administration. Suivant une application littérale de l'article 2, 30° de la loi électricité, cela est contraire à l'exigence pour un administrateur indépendant de ne pas avoir exercé, et *a fortiori* d'exercer, une fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un actionnaire dominant. En effet, Elia Group SA est indéniablement un actionnaire dominant puisqu'il détient la totalité du capital d'Elia Transmission Belgium SA à une action près.

Dans son avis (A) 1972 du 12 septembre 2019, la CREG s'est déclarée d'accord avec la proposition d'Elia de dupliquer la structure de gouvernance de l'ancien Elia System Operator SA à Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA dans une première phase de la restructuration réalisée, mais a conseillé de veiller à ce que, lors des prochains cycles de nominations, les administrateurs indépendants d'Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA soient des personnes différentes. Les raisons en sont rappelées ici. Selon la CREG, l'actuelle dissociation de la propriété du gestionnaire de réseau ne constitue plus une dérogation à cette exigence d'indépendance vis-à-vis d'un actionnaire dominant prévue à l'article 2, 30° de la loi électricité.

En tout état de cause, l'administrateur indépendant doit conserver son indépendance vis-à-vis du ou des actionnaires dominants ultimes. En outre, il va de soi que les administrateurs indépendants de la SA Elia Transmission Belgium en tant que gestionnaire de réseau doivent agir en tout temps dans l'intérêt du gestionnaire de réseau, qui accomplit une mission d'intérêt général.

Par ailleurs, en cas de duplication des conseils d'administration d'Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA, les administrateurs indépendants peuvent se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, notamment en cas de décisions du conseil d'administration d'Elia Group SA qui peuvent impliquer (des risques de) subsides croisés entre activités régulées et non régulées. En effet, l'intérêt de la société n'est pas identique dans le cas d'Elia Group SA et d'Elia Transmission Belgium SA et il convient de se demander à qui l'administrateur indépendant manifesterait en pratique sa loyauté/son attention : Elia Group SA 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 d'Elia Group SA et d'Elia Transmission Belgium SA ne soient à terme plus les mêmes personnes. Ainsi, dans son avis (A)1972 du 12 septembre 2019, la CREG a conseillé et conseille toujours de veiller à ce que, lors des prochains cycles de nominations, les administrateurs indépendants d'Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA soient des personnes différentes.

Dans sa lettre du 24 juin 2020, Elia confirme qu'avec la renomination de trois administrateurs indépendants pour une période d'un an seulement au sein d'Elia Group SA⁵, elle s'oriente progressivement, à la demande de la CREG, vers un dédoublement du groupe d'administrateurs indépendants dans les conseils d'administration d'Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA.

Par ailleurs, l'administrateur indépendant du gestionnaire de réseau doit naturellement répondre aux exigences d'indépendance des sociétés liées au gestionnaire de réseau découlant du code des sociétés et des associations du 23 mars 2019.

4. La CREG estime que l'indépendance formelle, telle qu'elle découle en l'espèce de l'article 2, 30° de la loi électricité, ne constitue pas une condition suffisante pour garantir l'indépendance réelle par rapport aux utilisateurs du réseau et pour 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, compétente ou ne dispose pas de l'esprit critique nécessaire, ne remplira pas dûment sa

⁵ <https://www.elia.be/en/investor-relations/shareholders-meetings-overview/2020-may-shareholder-meeting-details>

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 Frank Donck 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 ses avis (A)140703-CDC-1349 et (A) 1972, la CREG est arrivée à la conclusion que monsieur Frank Donck répondait, en date du 3 juillet 2014 et du 12 septembre 2019, à toutes les exigences formelles d'indépendance figurant à l'article 2, 30° de la loi électricité.

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 Frank Donck n'a été mis en lumière. Néanmoins, dans sa lettre du 5 octobre 2017 à Elia, la CREG appelait à la vigilance concernant la relation entre monsieur Frank Donck, Pauwels Consulting et Elia, d'autant plus qu'elle a une base purement commerciale. Elle doit donc être suivie de près par Elia à l'avenir.

8. Toujours dans le cadre du présent avis, monsieur Frank Donck a une nouvelle fois complété et signé la déclaration sur l'honneur dans le cadre de l'article 2, 30° de la loi électricité, adaptée aux critères d'indépendance applicables figurant dans le code belge de gouvernance d'entreprise 2020. En ce qui concerne la liste des mandats datée du 25 juin 2019, monsieur Frank Donck était, en date du 3 juin 2020, titulaire de trois mandats supplémentaires (en plus du mandat d'administrateur indépendant d'Elia Group SA), à savoir en tant que président du conseil d'administration de Golfzicht BV (société active dans l'immobilier), en tant qu'administrateur délégué de 3D Skywalkers BV (société d'investissement) et en tant qu'administrateur indépendant non exécutif de Luxempart SA (société d'investissement). En ce qui concerne l'existence de relations d'affaires avec Elia en vertu de fonctions occupées dans d'autres entreprises, monsieur Frank Donck se réfère à sa correspondance avec la CREG concernant Ackermans & van Haaren, KBC et Pauwels et déclare que selon lui, il n'y en a pas d'autres et que, en tout état de cause, elles ne sont pas significatives. Monsieur Frank Donck déclare sur l'honneur que ces relations d'affaires n'ont pas changé par rapport au passé. Le comité de gouvernance d'entreprise d'Elia n'a pas constaté de manquements en matière d'indépendance dans sa proposition au conseil d'administration du 13 mars 2020.

Dans sa déclaration sur l'honneur relative à la certification du 10 juin 2020, monsieur Frank Donck a déclaré qu'il a récemment exercé un mandat d'administrateur non exécutif indépendant au sein de Luxempart SA, une société d'investissement cotée en bourse au Luxembourg, qui détient 5,46 % des actions de la Société Electrique de l'OUR (SEO). La SEO est un producteur d'électricité au Luxembourg et en France (centrale de pompage de Vianden qui stocke de l'électricité et injecte de la capacité de pointe dans le réseau allemand de RWE, sept centrales de cogénération dont quatre en France et certaines en exploitation conjointe avec Enovos, et des centrales éoliennes)⁶. Monsieur Frank Donck déclare que Luxempart SA n'est pas impliquée dans la gestion de la SEO et n'est pas représentée au conseil d'administration de la SEO. A la lumière de ces informations, la CREG comprend que monsieur Frank Donck n'exerce pas lui-même de fonction ou d'activité au service d'un producteur d'électricité (ou pour le compte de celui-ci) mais est administrateur indépendant non exécutif d'un actionnaire d'une société d'électricité active au Luxembourg, cet actionnaire ne participant pas lui-même à la gestion de cette société d'électricité et n'étant pas représenté au sein du conseil d'administration de cette dernière. La CREG souligne néanmoins que le conseil d'administration d'Elia, le comité de gouvernance d'entreprise d'Elia et l'administrateur indépendant lui-même doivent faire preuve de la

⁶ <http://www.seo.lu/fr>

plus grande prudence et veiller à ce qu'aucun conflit d'intérêts (potentiel) ne soit créé dans l'exercice des mandats, notamment du point de vue de l'accès à des « *business sensitive information* » qui compromettraient la compatibilité avec les exigences d'indépendance.

Sur la base des informations dont dispose actuellement la CREG, on peut conclure que monsieur Frank Donck satisfait aux exigences d'indépendance énoncées à l'article 2, 30° de la loi électricité. La CREG demande au comité de gouvernance d'entreprise d'Elia d'examiner si des conflits d'intérêts peuvent survenir dans l'exercice du mandat d'administrateur indépendant de Luxempart SA, qui détient une participation dans la SEO (un producteur d'électricité établi au Luxembourg) en raison de l'accès de monsieur Frank Donck à des informations chez Elia dans le cadre de son mandat d'administrateur indépendant et d'en faire rapport à la CREG sans délai.

9. Dans la section 2 du présent avis, la CREG a déjà fait remarquer que l'indépendance formelle, telle qu'elle découle en l'espèce 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 Frank Donck 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. Sans préjudice de ce qui est exposé au paragraphe 4 du présent avis, la CREG constate que monsieur Frank Donck cumule un nombre important de mandats (plus de trente) ; il est important que monsieur Frank Donck dispose d'une disponibilité suffisante pour exercer correctement le mandat d'administrateur indépendant du gestionnaire de réseau.

10. Sans préjudice de ce qui est exposé au paragraphe 8 du présent avis, le gestionnaire de réseau est tenu de notifier sans délai à la CREG toute nouvelle modification apportée à la liste des mandats et fonctions de monsieur Frank Donck, ainsi que tout élément susceptible de compromettre son indépendance.

Si la CREG prend connaissance de nouveaux éléments susceptibles de compromettre l'indépendance de monsieur Frank Donck, elle se réserve le droit de prendre toutes les actions qu'elle estime nécessaires ou utiles.

4. CONCLUSION

11. Compte tenu de ce qui précède, la CREG constate, sur la base de l'ensemble des documents transmis, que monsieur Frank Donck 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 Frank Donck pour le mandat d'administrateur indépendant auprès d'Elia System Operator SA et d'Elia Asset SA en vertu de l'article 9bis, § 2, alinéa premier, deuxième phrase et de l'article 9bis, § 2, deuxième phrase de la loi électricité.

12. La CREG attend de monsieur Frank Donck 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. En outre, la CREG estime important qu'un administrateur indépendant ait une disponibilité suffisante pour exercer correctement le mandat d'administrateur indépendant du gestionnaire de réseau. La CREG le mentionne car elle constate que monsieur Frank Donck cumule plus de trente mandats.

13. Le gestionnaire de réseau est tenu de notifier sans délai à la CREG toute nouvelle modification apportée à la liste des mandats et fonctions de monsieur Frank Donck, ainsi que tout élément susceptible de compromettre son indépendance. La CREG demande également au comité de gouvernance d'entreprise d'Elia d'examiner si des conflits d'intérêts peuvent survenir dans l'exercice du mandat d'administrateur indépendant de Luxempart SA, qui détient une participation dans la SEO (un producteur d'électricité établi au Luxembourg) en raison de l'accès de monsieur Frank Donck à des informations chez Elia dans le cadre de son mandat d'administrateur indépendant et d'en faire rapport à la CREG sans délai.

Si la CREG prend connaissance de nouveaux éléments susceptibles de compromettre l'indépendance de monsieur Frank Donck, elle se réserve le droit de prendre toutes les actions qu'elle estime nécessaires ou utiles.

14. Afin d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts et compte tenu de ce qui a été exposé dans son avis (A)1972 du 12 septembre 2019 et repris au paragraphe 3.2.2 du présent avis, la CREG recommande, à l'occasion des prochains cycles de nominations, de veiller à ce que les administrateurs indépendants d'Elia Group SA et d'Elia Transmission Belgium SA ne soient pas les mêmes personnes.

Dans sa lettre du 24 juin 2020, Elia confirme qu'avec la renomination de trois administrateurs indépendants pour une période d'un an seulement au sein d'Elia Group SA, elle s'oriente progressivement vers un dédoublement du groupe d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration d'Elia Group SA et Elia Transmission Belgium SA.



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

Laurent JACQUET
Directeur

Andreas TIREZ
Directeur

Koen LOCQUET
Président f.f. du comité de direction