

# Advies

(A)2088

17 juli 2020

Advies over de onafhankelijkheid van de heer Frank Donck als onafhankelijke bestuurder in de raad van bestuur van Elia Transmission Belgium NV en Elia Asset NV

Artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, en artikel 9*bis*, §2, 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.....               | 3  |
| 3. ONDERZOEK VAN DE ONAFHANKELIJKHEID..... | 10 |
| 4. CONCLUSIE .....                         | 12 |

# 1. INLEIDING

De COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS (CREG) ontving per brief van 24 juni 2020 onder meer kennisgeving door Elia Transmission Belgium NV van de herbenoeming van de heer Frank Donck als onafhankelijke bestuurder in de raden van bestuur van Elia Transmission Belgium NV en Elia Asset NV (hierna samen aangeduid als “Elia”).

De voornoemde kennisgeving gebeurt onder meer met het oog op het bekomen van het eensluidend advies van de CREG over de onafhankelijkheid van de heer Frank Donck als onafhankelijke bestuurder, en dit met toepassing van artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, en artikel 9*bis*, §2, tweede zin, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna “de elektriciteitswet”).

Elia maakte aan de CREG de volgende documenten over in verband met de onafhankelijkheid van de heer Frank Donck als onafhankelijke bestuurder van Elia:

- een verklaring op eer in het kader van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet dd. 3 juni 2020;
- 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. 10 juni 2020;
- de exhaustieve lijst van mandaten en functies van de heer Frank Donck dd. 3 juni 2020;
- het voorstel van het corporate governance-comité van Elia dd. 13 maart 2020, bedoeld in artikel 9, §5, 1°, van de elektriciteitswet.

Op 13 maart 2020 heeft het corporate governance comité van Elia zich met meerderheid van de stemmen uitgesproken ten gunste van een hernieuwing van het mandaat van de heer Frank Donck in de raad van bestuur van Elia voor zes jaar. Op basis van deze informatie heeft de CREG de onafhankelijkheid van de heer Frank Donck onderzocht binnen de wettelijke termijn van dertig dagen na ontvangst van de kennisgeving van de benoeming van de heer Frank Donck door het bevoegd orgaan van de netbeheerder.

Op zijn vergadering van 17 juli 2020 besliste het directiecomité van de CREG tot het uitbrengen van het hiernavolgende advies over de onafhankelijkheid van de heer Frank Donck als onafhankelijke bestuurder van Elia, op basis van artikel 9, § 2, eerste lid, tweede zin, en artikel 9*bis*, §2, tweede zin, van de elektriciteitswet.

# 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.

In overeenstemming met artikel 9bis, §2, tweede zin, van de elektriciteitswet, zijn de bevoegdheden waarover de CREG door of krachtens deze wet beschikt ten aanzien van de netbeheerder eveneens van toepassing op elk van de dochterondernemingen bedoeld in § 1, waaronder Elia Asset NV. Met toepassing van artikel 9bis, §3 van de elektriciteitswet zijn onder meer de raden van bestuur van de netbeheerder en van elk van zijn dochterondernemingen bedoeld in artikel 9bis, §1, eerste lid, samengesteld uit dezelfde leden behoudens uitzondering toegestaan door de minister op voorstel van de CREG.

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 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 Transmission Belgium NV heeft geopteerd voor het monistisch systeem, wat onder meer blijkt uit de oprichtingsakte.

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 beursgenoteerd<sup>1</sup>.

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.”

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 2020<sup>2</sup>. 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

[...]

---

<sup>1</sup> 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”.

<sup>2</sup> [https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/belgische\\_corporate\\_governance\\_code\\_2020.pdf](https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/belgische_corporate_governance_code_2020.pdf)

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;
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 elektriciteitsrichtlijn<sup>3</sup> en deerschikking van deze richtlijn<sup>4</sup> (met name dat de eigenaar van een transmissiesysteem ook dient op te treden als beheerder van dit systeem). Bij

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

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 huidige scenario hebben Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV, althans in een beginfase, dezelfde raden van bestuur. Volgens een letterlijke toepassing van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet komt dit in strijd 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. Elia Group NV is immers ontegensprekelijk een dominerende aandeelhouder aangezien het op één aandeel na het volledige kapitaal van Elia Transmission Belgium NV in handen heeft.

In haar advies (A)1972 van 12 september 2019 heeft de CREG gesteld dat ze zich kan vinden in het voorstel van Elia om in een eerste fase van de doorgevoerde herstructurering de *governance* structuur van het voormalige Elia System Operator NV te dupliceren in Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV, maar heeft weliswaar geadviseerd om er ter gelegenheid van toekomstige benoemingsrondes voor te zorgen dat de onafhankelijke bestuurders binnen Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV verschillende personen zijn. De redenen daarvoor worden hier herhaald. De huidige eigendomsontvlechting van de netbeheerder is volgens de CREG 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.

De onafhankelijke bestuurder moet 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 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 Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV, kunnen overigens in een situatie van belangenconflict komen, onder meer in geval van beslissingen van de raad van bestuur van Elia Group NV die (risico's op) kruissubsidies tussen gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten met zich mee kunnen brengen. Het vennootschapsbelang van Elia Group NV 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 Elia Group NV 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 Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV op termijn niet dezelfde personen zijn. De CREG heeft dan ook in haar advies(A)1972 van 12 september 2019 geadviseerd en adviseert nog steeds om, er ter gelegenheid van toekomstige benoemingsrondes voor te zorgen dat de onafhankelijke bestuurders binnen Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV verschillende personen zijn.



Elia bevestigt in haar brief van 24 juni 2020 dat ze met de herbenoeming van drie onafhankelijke bestuurders voor een periode van slechts één jaar bij Elia Group NV<sup>5</sup> progressief toewerkt naar een ontubbeling van de groep onafhankelijke bestuurders binnen de raden van bestuur van Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV.

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.

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 heer Frank Donck 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.

---

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

### 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 (A)140703-CDC-1349 en haar advies (A) 1972 tot het besluit gekomen dat de heer Frank Donck op datum van 3 juli 2014 en 12 september 2019 voldeed aan de formele onafhankelijkheidsvereisten vervat in artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet.

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 de heer Frank Donck in het gedrang brengen. Niettemin heeft de CREG in haar brief van 5 oktober 2017 aan Elia opgemerkt dat de relatie tussen de heer Frank Donck, Pauwels Consulting en Elia reden tot alertheid zijn in het bijzonder aangezien deze een louter commerciële basis heeft en deze in de toekomst verder dient te worden gemonitord door Elia.

8. Ook in het kader van huidig advies heeft de heer Frank Donck opnieuw de verklaring op eer in het kader van artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet, aangepast aan de toepasselijke criteria voor onafhankelijkheid vervat in de Belgische corporate governance code 2020, ingevuld en ondertekend. Ten aanzien van de mandatenlijst dd. 25 juni 2019 bekleedt de heer Frank Donck op datum van 3 juni 2020 drie bijkomende mandaten (naast het mandaat als onafhankelijk bestuurder in Elia Group NV), nl. als voorzitter van de raad van bestuur van Golfzicht BV (actief in vastgoed), als gedelegeerd bestuurder van 3D Skywalkers BV (een investeringsmaatschappij) en als onafhankelijk niet-uitvoerend bestuurder bij Luxempart SA (een investeringsmaatschappij). Wat betreft het bestaan van zakelijke relaties met Elia uit hoofde van functies bij andere bedrijven verwijst de heer Frank Donck naar zijn briefwisseling met de CREG in verband met Ackermans & van Haaren, KBC en Pauwels en stelt dat er volgens hem geen andere zijn en dat die in elk geval niet significant zijn. De heer Frank Donck verklaart op eer dat er in deze zakelijke relaties geen wijzigingen zijn ten aanzien van het verleden. Het corporate governance comité van Elia heeft geen gebrek aan onafhankelijkheid vastgesteld in haar voorstel aan de raad van bestuur van 13 maart 2020.

In zijn verklaring op eer in het kader van de certificering dd. 10 juni 2020 verklaart de heer Frank Donck dat hij recentelijk een mandaat van onafhankelijk niet-uitvoerend bestuurder bekleedt in Luxempart SA, een Luxemburgse beursgenoteerde investeringsvennootschap, die 5,46% van de aandelen heeft in Société Electrique de l'OUR (SEO). SEO is een producent van elektriciteit in Luxemburg en Frankrijk (de pompcentrale van Vianden die elektriciteit stockeert en piekvermogen injecteert in het Duitse netwerk van RWE, zeven warmtekrachtcentrales waaronder vier in Frankrijk en een aantal in gezamenlijke exploitatie met Enovos, en windcentrales)<sup>6</sup>. De heer Frank Donck verklaart dat Luxempart SA niet betrokken is bij het SEO-beheer en niet vertegenwoordigd is in de SEO-raad van bestuur. Op basis van deze informatie, begrijpt de CREG dat de heer Frank Donck niet zelf een functie of activiteit uitoefent ten dienste van (in dienst van of voor rekening van) een elektriciteitsproducent, maar onafhankelijk niet-uitvoerend bestuurder is van een aandeelhouder van een elektriciteitsbedrijf actief in Luxemburg, waarbij deze aandeelhouder zelf niet betrokken is bij het beheer van dit elektriciteitsbedrijf en niet vertegenwoordigd is in diens raad van bestuur. De CREG onderstreept wel dat zowel de raad van bestuur van Elia, het corporate governance comité van Elia en de onafhankelijke bestuurder zelf de grootste

---

<sup>6</sup> <http://www.seo.lu/fr>

voorzichtigheid aan de dag moeten leggen en erover moeten waken dat geen (potentiële) belangenconflicten worden gecreëerd in de uitoefening van mandaten, onder meer vanuit het oogpunt van toegang tot « *business sensitive information* » die de compatibiliteit met de vereisten van onafhankelijkheid in het gedrang zouden brengen.

Op basis van de informatie waarover de CREG thans beschikt, kan worden besloten dat de heer Frank Donck op heden beantwoordt aan de onafhankelijkheidsvereisten vervat in artikel 2, 30°, van de elektriciteitswet. Weliswaar vraagt de CREG aan het corporate governance comité van Elia om te onderzoeken of belangenconflicten kunnen ontstaan in de uitoefening van het mandaat van onafhankelijk bestuurder bij Luxempart SA, die een participatie heeft in SEO (een elektriciteitsproducent gevestigd in Luxemburg) door de toegang tot informatie van de heer Frank Donck bij Elia vanuit zijn mandaat van onafhankelijk bestuurder en om daarvan onverwijld verslag uit te brengen aan de CREG.

9. 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 de heer Frank Donck 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. Onverminderd wat in paragraaf 4 van dit advies wordt uiteengezet, merkt de CREG wel op dat de heer Frank Donck een belangrijk aantal mandaten combineert (meer dan dertig); het is van belang dat de heer Frank Donck een voldoende beschikbaarheid heeft om het mandaat van onafhankelijk bestuurder bij de netbeheerder naar behoren uit te oefenen.

10. Onverminderd wat in paragraaf 8 van dit advies wordt uiteengezet, wordt van de netbeheerder verwacht om de CREG onmiddellijk kennis te geven van elke verdere wijziging in de lijst van mandaten en functies van de heer Frank Donck alsook van elk element dat zijn onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen.

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

## 4. CONCLUSIE

11. Rekening houdend met wat voorafgaat, stelt de CREG, op basis van het geheel van overgemaakte documenten, vast dat de heer Frank Donck 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, en artikel 9bis, §2, tweede zin, van de elektriciteitswet een gunstig eensluidend advies uit over de onafhankelijkheid van heer Frank Donck voor het mandaat van onafhankelijke bestuurder bij Elia Transmission Belgium NV en Elia Asset NV.

12. De CREG rekent en vertrouwt erop dat heer Frank Donck 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. De CREG acht het bovendien van belang dat een onafhankelijk bestuurder voldoende beschikbaarheid heeft om het mandaat van onafhankelijk bestuurder bij de netbeheerder uit te oefenen. De CREG vermeldt dit omdat zij vaststelt dat de heer Frank Donck meer dan dertig mandaten combineert.

13. De netbeheerder wordt verwacht om de CREG onmiddellijk kennis te geven van elke verdere wijziging in de lijst van mandaten en functies van heer Frank Donck alsook van elk element dat zijn onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen. Tevens vraagt de CREG aan het corporate governance comité van Elia om alsnog te onderzoeken of belangenconflicten kunnen ontstaan in de uitoefening van het mandaat van onafhankelijk bestuurder bij Luxempart SA, die een participatie heeft in SEO (een elektriciteitsproducent gevestigd in Luxemburg) door de toegang tot informatie van de heer Frank Donck bij Elia vanuit zijn mandaat van onafhankelijk bestuurder en om daarvan onverwijld verslag uit te brengen aan de CREG.

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

14. Teneinde mogelijke belangenconflicten te vermijden en rekening houdend met wat uiteengezet werd in haar advies (A)1972 van 12 september 2019 en herhaald wordt in paragraaf 3.2.2 van dit advies, adviseert de CREG om er, ter gelegenheid van toekomstige benoemingsrondes, voor te zorgen dat de onafhankelijke bestuurders binnen Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV niet dezelfde personen zijn.

Elia bevestigt in haar brief van 24 juni 2020 dat ze met de herbenoeming van drie onafhankelijke bestuurders voor een periode van slechts één jaar bij Elia Group NV progressief toewerkt naar een ontubbeling van de groep onafhankelijke bestuurders binnen de raden van bestuur van Elia Group NV en Elia Transmission Belgium NV.



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

Laurent JACQUET  
Directeur

Andreas TIREZ  
Directeur

Koen LOCQUET  
Wvd. Voorzitter van het Directiecomité