

Avis

(A)2570
8 juin 2023

Avis relatif à l'indépendance de madame Roberte Kesteman en tant qu'administrateur indépendant au sein du conseil d'administration de Fluxys Belgium SA

Article 8/3, § 1^{er}, troisième alinéa de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation

Non confidentiel

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	2
INTRODUCTION	3
1. CADRE LEGAL	3
2. CRITERES D'EVALUATION	4
2.1. Répondre aux conditions de l'article 524, § 4, du Code des sociétés	5
2.2. Au cours des vingt-quatre mois précédant la désignation, ne pas avoir exercé de fonction ou activité, rémunérée ou non, au service de l'un des propriétaires du réseau, de l'un des gestionnaires, d'un intermédiaire, d'un fournisseur, d'un producteur ou d'un actionnaire dominant.....	7
3. EXAMEN DE L'INDEPENDANCE	8
4. CONCLUSION	9

INTRODUCTION

La COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ (ci-après : « CREG ») a reçu par e-mail du 22 mai 2023 la notification de Fluxys Belgium SA (ci-après : « Fluxys Belgium »), en date du 12 mai 2023, concernant la nomination de madame Roberte Kesteman en tant qu'administrateur indépendant au sein du conseil d'administration de Fluxys Belgium pour une période de six ans prenant fin à l'issue de l'assemblée générale ordinaire de mai 2029.

La notification susmentionnée est faite en vue d'obtenir l'avis conforme de la CREG sur l'indépendance de madame Roberte Kesteman en tant qu'administrateur indépendant et ce, en application de l'article 8/3, § 1^{er}, troisième alinéa de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : la « loi gaz »).

Fluxys Belgium a transmis à la CREG, par e-mail du 22 mai 2023, les documents suivants relatifs à l'indépendance de madame Roberte Kesteman en tant qu'administrateur indépendant de Fluxys Belgium :

- le questionnaire de la CREG sur le respect des exigences d'indépendance visées à l'article 1^{er}, 45° de la loi gaz, daté du 8 mars 2023 ;
- le curriculum vitae ;
- la déclaration sur l'honneur en tant qu'administrateur, datée du 8 mars 2023 ;
- la liste exhaustive de tous ses mandats, datée du 8 mars 2023 ;
- l'avis du comité de nomination et de rémunération de Fluxys Belgium du 23 mars 2023 ;
- la décision unanime du comité de gouvernance d'entreprise de Fluxys Belgium, datée du 9 mai 2023.

Lors de sa réunion du 9 mai 2023, le comité de gouvernance d'entreprise de Fluxys Belgium a proposé à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de nommer madame Roberte Kesteman en tant qu'administrateur indépendant de Fluxys Belgium car, après analyse, il ne voyait aucune raison de ne pas la nommer en cette qualité.

Sur la base de ces informations, la CREG a examiné l'indépendance de madame Roberte Kesteman dans le délai légal de trente jours à compter de la réception de la notification de la nomination de madame Roberte Kesteman par l'organe compétent de Fluxys Belgium.

Lors de sa réunion du 8 juin 2023, le comité de direction de la CREG a décidé d'émettre l'avis suivant sur l'indépendance de madame Roberte Kesteman en tant qu'administrateur indépendant de Fluxys Belgium, sur la base de l'article 8/3, § 1^{er}, troisième alinéa de la loi gaz.

1. CADRE LEGAL

1. Conformément à l'article 8/3, § 1^{er}, première phrase de la loi gaz, le conseil d'administration est composé exclusivement d'administrateurs non exécutifs, à l'exception de l'administrateur délégué, et pour un tiers au moins d'administrateurs indépendants.

2. Les administrateurs indépendants sont sélectionnés en partie pour leurs connaissances en matière de gestion financière et en partie pour leurs connaissances utiles en matière technique et en particulier pour leur connaissance pertinente du secteur de l'énergie (article 8/3, § 1^{er}, deuxième phrase de la loi gaz).

3. En ce qui concerne la nomination des administrateurs indépendants, la loi gaz prévoit à l'article 8/3 :

§ 5. Le comité de gouvernance d'entreprise est, le cas échéant, chargé des tâches suivantes :

1° rendre un avis au conseil d'administration sur l'indépendance des candidats au mandat d'administrateur indépendant et sur la nomination de l'administrateur délégué et, le cas échéant, sur les membres du comité de direction;

Dans le cas où le conseil d'administration ne suit pas l'avis du comité de gouvernance d'entreprise en ce qui concerne la nomination des administrateurs indépendants, le conseil motive sa décision après avoir consulté préalablement le Président de la Commission bancaire, financière et des Assurances, lequel requiert l'avis de la Commission si le défaut d'indépendance allégué concerne des producteurs et fournisseurs de gaz naturel;

Dans le cas où, en proposant à l'assemblée générale des actionnaires des candidats au mandat d'administrateur indépendant, au mandat d'administrateur délégué et, le cas échéant des membres du comité de direction, le conseil d'administration ne suit pas l'avis du comité de gouvernance d'entreprise, le conseil motive sa proposition après avoir consulté le président de la Commission bancaire, financière et des Assurances;

4. En outre, l'article 8/3, § 1^{er}, troisième phrase, de la loi gaz prévoit ce qui suit :

La commission rend un avis conforme relatif à l'indépendance des administrateurs indépendants et ce, au plus tard dans les trente jours de la réception de la notification de la nomination de ces administrateurs indépendants par l'organe compétent du gestionnaire.

5. Conformément à l'article 1^{er}, 45° de la loi gaz, un administrateur indépendant est :

tout administrateur non exécutif qui :

a) répond aux conditions de l'article 524, § 4, du Code des Sociétés et

b) n'a pas exercé pendant les vingt-quatre mois précédant sa désignation une fonction ou activité, rémunérée ou non, au service de l'un des propriétaires du réseau, d'un des gestionnaires, d'un intermédiaire, d'un fournisseur, d'un producteur ou d'un actionnaire dominant;

c) n'a pas exercé pendant les neuf mois précédant sa désignation une fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un distributeur;

Un administrateur non exécutif est tout administrateur qui n'assume pas de fonction de direction au sein des gestionnaires ou de l'une de leurs filiales (article 1^{er}, 44° de la loi gaz).

2. CRITERES D'EVALUATION

6. Deux éléments de la définition d'« administrateur indépendant » de l'article 1^{er}, 45° de la loi gaz sont traités ci-dessous :

2.1. RÉPONDRE AUX CONDITIONS DE L'ARTICLE 524, § 4, DU CODE DES SOCIÉTÉS

7. 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.

8. La CREG estime que les renvois dans la loi gaz 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 Fluxys 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). Fluxys Belgium a opté pour le système moniste, qui se reflète notamment dans l'acte constitutif.

En vertu de l'article 1^{er}, 45° de la loi gaz, les conditions énoncées à l'article 7:87 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019 s'appliquent à Fluxys Belgium¹.

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

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

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

Lorsque le conseil d'administration présente à l'assemblée générale la candidature d'un administrateur indépendant qui ne remplit pas ces critères, il expose les motifs qui le conduisent à considérer que le candidat est effectivement indépendant au sens de l'alinéa 1^{er}.

Un administrateur indépendant qui cesse de remplir les conditions précitées en informe immédiatement le conseil d'administration, par l'intermédiaire de son président.

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

Les critères d'indépendance visés à l'article 7:87, § 1^{er}, deuxième alinéa sont ceux contenus en principe au point 3.5 du code belge de gouvernance d'entreprise 2020. Par arrêté royal du 12 mai 2019, le code belge de gouvernance d'entreprise 2020 a été désigné comme le seul code au sens de l'article 3:6, § 2 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019 :

« PRINCIPE 3

LA SOCIÉTÉ SE DOTE D'UN CONSEIL EFFICACE ET ÉQUILIBRÉ

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. »

COMPOSITION

[...]

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

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

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

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

10. 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, § 1^{er}, deuxième alinéa, *in fine*).

2.2. AU COURS DES VINGT-QUATRE MOIS PRÉCÉDANT LA DÉSIGNATION, NE PAS AVOIR EXERCÉ DE FONCTION OU ACTIVITÉ, RÉMUNÉRÉE OU NON, AU SERVICE DE L'UN DES PROPRIÉTAIRES DU RÉSEAU, DE L'UN DES GESTIONNAIRES, D'UN INTERMÉDIAIRE, D'UN FOURNISSEUR, D'UN PRODUCTEUR OU D'UN ACTIONNAIRE DOMINANT

11. L'article 1^{er}, 45° de la loi gaz ajoute une condition supplémentaire à la définition d'administrateur indépendant figurant dans le Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019.

12. Le terme « propriétaires du réseau » n'est pas défini dans la loi gaz et ne précise donc pas de qui il s'agit. Ce concept est devenu sans objet compte tenu de la transposition du troisième paquet énergie qui utilise la notion de « gestionnaire de réseau de transport ». En outre, suite à cette transposition, le législateur belge a opté pour le modèle de dissociation du *Full Ownership Unbundling*.

Le terme « gestionnaires » est bel et bien défini dans la loi gaz et englobe les trois opérateurs suivants : le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, le gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et le gestionnaire d'installation de GNL (article 1^{er}, 42° de la loi gaz). La CREG est d'avis que le terme « gestionnaire » comprend également le gestionnaire d'une interconnexion (article 1^{er}, 60° de la loi gaz).

Un intermédiaire est défini dans la loi gaz comme : toute personne physique ou morale autre qu'un producteur ou un gestionnaire de réseau de distribution qui achète du gaz en vue de le revendre (article 1^{er}, 5^{ter} la loi gaz).

13. En application de l'article 1^{er}, 45° de la loi gaz, les administrateurs indépendants doivent être indépendants « d'un producteur, d'un fournisseur ou d'un actionnaire dominant ».

La CREG estime que cette indépendance doit être établie 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. En décider autrement pourrait contredire les exigences de dissociation qu'un GRT doit respecter.

14. Bien que les deux définitions mentionnées ci-dessus, à savoir la définition du Code des sociétés et des associations et la définition de la loi gaz, soient très similaires, il existe une différence importante:

- dans la première définition, « l'indépendance » désigne l'indépendance vis-à-vis des actionnaires ; elle vise à sauvegarder les intérêts (financiers) des actionnaires et à garantir ainsi la qualité de la gestion de l'entreprise.
- dans la deuxième définition, « l'indépendance » vise également l'indépendance vis-à-vis des fournisseurs, des intermédiaires, des producteurs du marché du gaz naturel.

La définition d'administrateur indépendant figurant dans la loi gaz vise en d'autres termes 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.

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

16. 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 à compromettre l'indépendance de cet administrateur, la CREG se réserve le droit d'entreprendre toute action qu'elle juge utile ou nécessaire sur la base de ces nouveaux éléments.

3. EXAMEN DE L'INDEPENDANCE

17. Madame Roberte Kesteman a transmis sa liste actualisée des mandats, activités et fonctions. Sur la base des informations du questionnaire, du curriculum vitae, de la déclaration sur l'honneur en tant qu'administrateur, de la liste exhaustive de tous les mandats, de l'avis du comité de nomination et de rémunération de Fluxys Belgium et de la décision unanime du comité de gouvernance d'entreprise de Fluxys Belgium, la CREG constate qu'il n'y a pas, pour l'instant, d'incompatibilité avec les exigences de dissociation et d'indépendance au titre de l'article 1^{er}, 45^o de la loi gaz.

En effet, madame Roberte Kesteman a rempli une déclaration d'indépendance sur l'honneur conformément à l'article 1^{er}, 45^o de la loi gaz et a répondu par la négative à toutes les autres questions portant sur des liens ou relations interdits.

Madame Roberte Kesteman y déclare ne pas exercer de fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur, d'un intermédiaire, d'un fournisseur ou d'un actionnaire dominant. Madame Roberte Kesteman a également déclaré sur l'honneur ne pas être membre du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou d'un organe représentant légalement une entreprise assurant une des fonctions de production ou de fourniture de gaz naturel* (directement ou indirectement via une entreprise sur laquelle elle exerce un contrôle au sens de la directive électricité) (*y compris les entreprises qui n'exercent pas les fonctions précitées comme activité principale).

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 madame Roberte Kesteman n'a été relevé. On peut dès lors conclure que madame Roberte Kesteman répond à ce jour à toutes les exigences d'indépendance figurant à l'article 1^{er}, 45^o de la loi gaz.

18. [CONFIDENTIEL].

4. CONCLUSION

Compte tenu de ce qui précède, la CREG constate, sur la base de l'ensemble des documents transmis, que madame Roberte Kesteman répond actuellement aux exigences formelles d'indépendance visées à l'article 1^{er}, 45° de la loi gaz et formule un avis conforme favorable sur l'indépendance de madame Roberte Kesteman pour le mandat d'administrateur indépendant auprès de Fluxys Belgium en vertu de l'article 8/3, § 1^{er}, deuxième phrase de la loi gaz.

Fluxys Belgium est prié de notifier sans délai à la CREG toute modification apportée à la liste des mandats et fonctions de madame Roberte Kesteman, ainsi que tout élément susceptible de compromettre son indépendance.

///

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