



NIET VERTROUWELIJKE VERSIE

Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas
Nijverheidsstraat 26-38
1040 Brussel
Tel. 02/289.76.11
Fax 02/289.76.09

COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS

ADVIES

(A)070628-CDC-697

over

‘de kandidaturen van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van het aardgasvervoersnet, beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en beheerder van de LNG-installatie’

gegeven met toepassing van artikel 8 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen

28 juni 2007

ADVIES

Op 24 mei 2007 ontving de COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS (CREG) een brief (ref.: MV/IP/MID/NVA/2007004444) van de Minister van Economie, Energie, Buitenlandse handel en Wetenschapsbeleid (hierna: de minister) met een verzoek tot advies over de kandidaturen van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van het aardgasvervoersnet, beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en beheerder van de LNG-installatie, conform artikel 8 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hierna: de gaswet).

Dit verzoek volgde enerzijds op de publicatie door de minister op 21 februari 2007 met toepassing van artikel 8, §2, van de gaswet, van een advies in het Belgisch Staatsblad met het verzoek aan elke houder van een of meer vergunningen voor aardgasvervoer, aardgasopslag of LNG-installaties om, binnen de 3 maanden die volgen op de bekendmaking van de publicatie, zijn kandidatuur in te dienen om, naargelang het geval, aangesteld te worden als beheerder van het aardgasvervoersnet, beheerder van de opslaginstallatie of beheerder van de LNG-installatie en anderzijds op de indiening bij de minister op 21 mei 2007 door de N.V. FLUXYS van haar kandidatuur voor de drie bovenvermelde functies.

Bij de brief waarin de minister verzoekt hem van advies te dienen, zijn naast de drie kandidatuursbrieven van de N.V. FLUXYS drie dossiers ter ondersteuning van de kandidaturen gevoegd.

Deze dossiers werden vervolgens verder aangevuld met informatie die FLUXYS in antwoord op de brieven van de CREG van 8 en 13 juni 2007 via haar briefwisseling van 8 juni en 19 juni 2007 bezorgde.

Conform artikel 8, §2, van de gaswet is de CREG ertoe gehouden haar advies binnen de veertig kalenderdagen na ontvangst van de mededeling (door de minister) van de kandidatuurstelling uit te brengen.

Onderhavig advies is opgebouwd uit drie delen. Deel een formuleert een aantal voorafgaande opmerkingen. Deel twee behandelt de beoordeling van de kandidaturen. Deel drie, tot slot, bevat de conclusie van het Directiecomité van de CREG.

Op de zitting van 28 juni 2007 keurde het Directiecomité van de CREG volgend advies goed.

///

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

1. De CREG stelt vast dat de N.V. FLUXYS zich kandidaat stelt voor de drie beheerdersfuncties bedoeld onder artikel 8, §1, van de gaswet en bijgevolg de functie van gecombineerd netbeheerder in de zin van artikel 1, 43°, van diezelfde wet wenst uit te oefenen. Om evidente praktische redenen acht de CREG het nuttig de drie kandidaturen in een en hetzelfde advies te behandelen.

2. Wat de procedure tot aanstelling van de beheerders door de minister betreft, voorziet artikel 8, §§ 4 en 5 van de gaswet, verschillende mogelijkheden:

- Een of meerdere houders van een vergunning voor aardgasvervoer dienen een voorstel in op basis waarvan de minister de betreffende beheerder aanwijst;
- Bij gebrek aan een kandidatuur binnen de voorgeschreven termijn wijst de minister zelf de betrokken beheerder aan
- De minister ontvangt binnen de voorgeschreven termijn een kandidatuur die niet overeenkomstig de wet is

In dat laatste geval bepaalt de wet gewoon dat de minister de betreffende beheerder aanwijst. Ze voorziet geen enkele procedure die deze onwettigheid moet trachten te verhelpen, noch enige mogelijkheid om aan de aanwijzing van de beheerder voorwaarden op te leggen. Het is echter ondenkbaar dat de minister een beheerder aanwijst waarvan de kandidatuur niet overeenkomstig is met de wet. De CREG veronderstelt dan ook dat het volgens de procedure mogelijk moet zijn contact met de kandidaat op te nemen met het verzoek zijn kandidatuur aan te vullen of aan te passen. Om een kandidatuur in overeenstemming te brengen met de wettelijke vereisten kunnen er bepaalde maatregelen moeten worden genomen, die echter niet gemakkelijk of op korte termijn kunnen worden doorgevoerd. Om die reden meent de CREG dat de gaswet op een redelijke wijze moet worden geïnterpreteerd; dit veronderstelt dat de minister over de wettelijke mogelijkheid moet kunnen beschikken om tot een voorwaardelijke aanwijzing van een beheerder over te gaan; m.a.w. de beheerder moet op straffe van herroeping van de aanwijzing op basis van artikel 8, §7 van de gaswet, tot naleving van bepaalde verplichtingen binnen een door de minister vastgestelde termijn worden gedwongen.

Om die reden is de CREG van oordeel dat zij desgevallend voor de kandidatuur van elk van de beheerders bedoeld onder artikel 8, lid 4 van de gaswet een voorwaardelijk positief advies kan formuleren.

3. Artikel 8, § 4, van de gaswet bepaalt dat de minister de verschillende beheerders aanwijst

- na advies van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (hierna: de CBFA);
- na advies van de CREG; en
- na beraadslaging in Ministerraad.

Wat de draagwijdte van de verschillende adviezen betreft, wordt in ditzelfde artikel verduidelijkt dat het advies van de CBFA zich uitstrekt tot de criteria bedoeld onder artikel 8, §3 van de gaswet, meer bepaald de vereisten uiteengezet onder de artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet. Het advies van de CREG heeft dan weer betrekking op de “andere criteria”, zonder bijkomende toelichtingen.

Adviesbevoegdheid van de CREG

4. De draagwijdte van het advies van de CREG moet zich uitstrekken tot alle voorwaarden en vereisten die met het beheer van het vervoersnet, de opslaginstallaties en de LNG-installaties samenhangen, voorzien door de gaswet en de uitvoeringsbesluiten ervan, behoudens in principe de criteria voorzien door de artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet (zie infra) en dit om volgende redenen.

5. In de eerste plaats heeft de wetgever niet expliciet een bijzondere bepaling van de gaswet aangeduid waar deze “overige criteria” dienen te worden gevonden, noch uitdrukkelijk aangegeven dat deze overige criteria onder hoofdstuk 2 (aanstelling van de beheerders) of onder onderafdeling 3 van hoofdstuk 2 (voorwaarden die de beheerders dienen na te leven) van de gaswet moeten worden uiteengezet.

In de tweede plaats biedt artikel 8, §7 van de gaswet de minister de mogelijkheid om de

benoeming van de beheerder te herroepen, maar niet zonder het advies van de CREG¹. De criteria voor herroeping vermeld onder dit artikel zijn logischerwijze de criteria die de CREG voor het verstrekken van haar advies in een dergelijke zaak moet controleren. Deze criteria hebben meer bepaald en expliciet betrekking op: “de verplichtingen die hem krachtens deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan worden opgelegd” (artikel 8, §7, 1°) en “de voorwaarden voor de onafhankelijkheid van deze beheerder, zoals beoogd in de artikelen 8/3 tot 8/6 van deze wet niet zijn vervuld” (artikel 8, §7, 2°). Wanneer de CREG in het kader van de aanwijzing van de netbeheerder haar advies verstrekt, moet zij logisch gezien al nagaan of bepaalde van deze verplichtingen door de kandidaat niet werden nageleefd, en of de niet-naleving daarvan een reden kan vormen voor het herroepen van de benoeming tot netbeheerder. Onder paragraaf 7 van dit advies nuanceert de CREG echter haar controle op de naleving door de kandidaat-netbeheerders van de criteria vermeld onder de artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet. Volgens artikel 8, § 4, van de gaswet is het de CBFA die een advies over deze criteria verstrekt.

6. Tot slot beschikt de CREG over een algemene controlebevoegdheid ten aanzien van de toepassing van de wetten en reglementen houdende de organisatie en de werking van de aardgasmarkt (artikel 15/14, §2, van de gaswet) aangevuld met haar bevoegdheid om een administratieve geldboete op te leggen aan iedere netbeheerder die bij de naleving van specifieke bepalingen van de gaswet of de uitvoeringsbesluiten ervan binnen de door de CREG bepaalde termijn in gebreke blijft (artikel 20/2, van de gaswet). Vermits de CREG over de bevoegdheid beschikt om de gaswet en de uitvoeringsbesluiten ervan door de aangewezen netbeheerder te doen naleven (“*ex post*” interventie) doet een gepaste en redelijke interpretatie van de gaswet vermoeden dat de CREG vooraf moet nagaan of er een probleem rijst ten aanzien van de door deze normen gestelde vereisten inzake de aanwijzing van de netbeheerder.

Verdeling van de waarderingscriteria tussen de CREG en de CBFA

7. Krachtens artikel 8, §4 van de gaswet geeft de CBFA advies over de criteria bedoeld onder de artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet en geeft de CREG advies over de overige artikelen. De artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet voorzien een aantal voorschriften die meer bepaald de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de

¹ De CREG wenst hier aan te stippen dat zij krachtens artikel 15/14, §2, alinea 3, van de gaswet op eigen initiatief een dergelijke herroeping aan de minister kan voorstellen.

netbeheerder beogen². Deze regels die gedeeltelijk op de traditionele *corporate governance* principes zijn gebaseerd, beogen specifiek de invoering van de grondslagen van een niet-discriminerend beslissingsproces ten aanzien van alle marktactoren³.

De CREG beschikt over een doorgedreven kennis van de werking van de gasmarkt waarmee zij een ideale en bevoorrechte plaats inneemt om, in de praktijk, de naleving van de criteria beoogd onder de artikelen 8/4 en 8/5 van de gaswet na te gaan. Daarnaast zijn er ook nog tal van elementen die de expertise (*ex post*) van de CREG op dit vlak erkennen. Moet de CREG in het kader van een procedure tot herroeping van de benoeming van een beheerder advies verstrekken of een voorstel formuleren, dan zal zij de naleving moeten evalueren van de onafhankelijkheidsvoorwaarden zoals beoogd in de artikelen 8/3 tot 8/6 van deze wet (zie paragraaf 5 van dit advies). Ook haar controle op de toepassing van de wetten en reglementen houdende de organisatie en de werking van de aardgasmarkt, een opdracht die aan de CREG werd toevertrouwd, strekt zich uit tot de naleving door de beheerders na hun aanstelling van deze onafhankelijkheidsvoorschriften. Tot slot beschikt de CREG overeenkomstig artikel 8/3, §5, 1° van de gaswet ook over de bevoegdheid om de CBFA te adviseren in het kader van de procedure voor de benoeming van onafhankelijke bestuurders (en meer specifiek om hun onafhankelijkheid ten aanzien van de producenten en leveranciers van aardgas te evalueren).

Zo meent de CREG dat hoewel de wet niet uitdrukkelijk bepaalt dat zij ter zake bevoegd is, een nuttige interpretatie van de gaswet haar belet voorliggend advies te formuleren, zonder, al was het in beperkte mate, dieper in te gaan op de naleving door de kandidaat-gecomcombineerde netbeheerder van de criteria vermeld onder de artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet. De CREG oordeelt dat zij bij de correcte uitvoering van haar adviserende taak ten aanzien van de minister tekort zou schieten, moest zij een inbreuk op de betreffende bepalingen vaststellen en de minister daar in voorliggend advies niet op zou wijzen. De CREG is er zich overigens van bewust dat een systematische analyse van de naleving van de criteria waarvoor de CBFA is bevoegd, een delicaat punt zou vormen (*ex ante*). Om die

² De regels raken aan de samenstelling van de raad van bestuur, de comités binnen deze raad van bestuur, de bevoegdheden van deze comités en, desgevallend, de juridische en operationele onafhankelijkheid van de beheerder ten aanzien van de leverings-, distributie- en productieactiviteiten van de verticaal geïntegreerde onderneming waartoe de beheerder behoort.

³ Dit verdient een toelichting: Terwijl de klassieke *corporate governance* regels ervoor moeten waken dat de belangen van alle aandeelhouders in aanmerking worden genomen, beogen de regels die door de gaswet werden ingevoerd eveneens het waarborgen van de onafhankelijkheid van de beheerder ten aanzien van de overige ondernemingen van de sector, door meer bepaald de invloed van de aandeelhouders op het beheer van de onderneming te beperken, wanneer die ook andere activiteiten in de gasector uitoefenen. Het *corporate governance* instrument wordt hier dus gebruikt voor doeleinden die heel wat verder reiken dan oorspronkelijk voorzien. Zie in dit verband R. NIEUWDORP en I. VERVOORT, "Corporate Governance in de energiesector", in T. VANDEN BORRE, De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?, Intersentia, Antwerpen, 2006, p. 70 en volgende

reden zal de CREG in onderhavig advies niet overgaan tot een stapsgewijs onderzoek van elk der criteria vermeld onder de artikelen 8/3 tot 8/6 (aantal bestuurders, verhouding van het geslacht, samenstelling en oprichting van de comités), maar wil zij enkel de vinger leggen op de essentiële problemen die op het vlak van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de beheerder werden vastgesteld, m.a.w. op die punten waar haar expertise net de nodige opheldering kan verschaffen. Immers, aangezien de CBFA belast is met het verstrekken van advies over de criteria beoogd onder de artikelen 8/3 tot 8/6 van de gaswet en de CREG adviseert over de andere criteria, kan hieruit worden afgeleid dat het tot de taken van de CREG behoort om na te gaan of de tweede voorwaarde vermeld onder artikel 8/2 door de kandidaat-gecombineerde netbeheerder wordt nageleefd. Welnu, die bepaling verwijst naar de voorwaarden voorzien door de wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van Vennootschappen alsook van de wet op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen.

ONDERZOEK VAN DE KANDIDATUREN

8. Met toepassing van artikel 8 van de gaswet moet de CREG de minister een advies geven over de toelaatbaarheid van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van het aardgasvervoersnet, beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en beheerder van de LNG-installatie.

Daartoe zal de CREG hieronder de naleving onderzoeken van de ter zake in de gaswet en haar uitvoeringsbesluiten opgelegde voorwaarden:

- De eenheid van beheer (artikel 8, §1, van de gaswet)
- De vervoersvergunningen (artikel 8, §2, alinea 1, van de gaswet)
- De termijn voor indiening van de kandidatuur (artikel 8, §2, alinea 1, van de gaswet)
- De territoriale dekking (artikel 8, §2, tweede alinea, van de gaswet)
- De oprichting en de maatschappelijke zetel (artikel 8/2, 1°, van de gaswet)
- De wet van 2 augustus 2002 (artikel 8/2, 2°, van de gaswet)
- De functionele onafhankelijkheid (artikelen 8/4 en 8/5 van de gaswet)
- Het maatschappelijke doel van de beheerder (artikel 15/1, §1, 8° van de gaswet)
- Het taalevenwicht (artikel 18/1, §1, 10° van de gaswet)
- De deelnemingen in vennootschappen (artikel 15/1, §2, van de gaswet)
- Het verbintenissen-/nalevingsprogramma (artikel 15/5 *undecies*, §1, 10°, van de gaswet en artikel 42 van de gedragscode)

9. De CREG wenst te benadrukken dat voorliggend advies wordt verstrekt op basis van de elementen waarover zij vandaag beschikt en die haar rechtstreeks door de N.V. FLUXYS of via de minister werden overgemaakt. Het standpunt van de CREG in voorliggend advies doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor de CREG om in de toekomst, in het kader van haar algemene opdracht van toezicht en controle op de toepassing van de wetten en reglementen houdende de organisatie en de werking van de aardgasmarkt, andere noodzakelijke maatregelen te treffen, meer bepaald wanneer zij kennis krijgt van nieuwe

elementen die haar interventie zouden rechtvaardigen of wanneer de huidige situatie zou evolueren.

DE EENHEID VAN BEHEER

10. Artikel 8, §1, van de gaswet voorziet dat het beheer van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie respectievelijk en alleen door de volgende beheerders wordt verzekerd: de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie. Voor elk van deze functies kan er dus slechts een beheerder zijn. Deze beheerder mag het beheer niet aan derden toevertrouwen of delegeren. Dit beheer omvat met name de exploitatie van de betreffende vervoersinstallatie (artikel 15/1, §1, 1°, van de gaswet) die noodzakelijkerwijze zelf de commercialisatie van de capaciteiten impliceert. De wetgever heeft daarmee duidelijk alle taken verbonden met de exploitatie van de vervoersinstallaties aan een enkele beheerder willen toevertrouwen (voor elk van de functies beoogd onder artikel 8, §1 van de gaswet⁴).

11. Wat de aanstelling als beheerder van het aardgasvervoersnet betreft, leeft de N.V. FLUXYS de voorwaarde van de aardgasdoorvoer niet na. Krachtens de twee overeenkomsten die de twee vennootschappen in 1998 en 2000 sloten, worden de doorvoercapaciteiten van de Troll leiding (die de Zeepipe Terminal in Zeebrugge met de Franse grens in Blaregnies verbindt) en de rTr leiding (de verbinding tussen de Interconnector Zeebrugge Terminal in Zeebrugge en Eynatten aan de Duitse grens en Zelzate aan de Nederlands grens) door de CVA DISTRIGAS&C° (dochteronderneming van de N.V. DISTRIGAS), en niet door de N.V. FLUXYS gecommmercialiseerd⁵. Het mandaat dat op 15 december 2006 tussen de N.V. DISTRIGAS en de N.V. FLUXYS werd gesloten en waarmee deze laatste in naam en voor rekening van de N.V. DISTRIGAS met de uitvoering van de aardgasdoorvoeractiviteiten van de CVA DISTRIGAS&C° wordt belast, kan dit probleem niet oplossen. De CVA DISTRIGAS&C° mag rechten die zij niet bezit, niet aan derden overdragen en de N.V. FLUXYS belasten met de uitvoering van de rechten en verplichtingen die verband houden met activiteiten die tot de exclusieve bevoegdheid van de beheerder van het vervoersnet behoren (wat zij niet is).

⁴ Met de eventuele mogelijkheid om een en dezelfde beheerder met twee of drie van deze functies te belasten (in het geval van een gecombineerd netbeheerder).

⁵ Zie in dit verband de beslissing tot ingebrekestelling van de CREG van 14 september 2006: <http://www.creg.be/pdf/Beslissingen/Bcdv06-223-224NL.pdf>.

Een gelijkaardig probleem doet zich voor met de SEGEO leiding (die 's Gravenvoeren aan de Nederlandse grens met Blaregnies aan de Franse grens verbindt) en waarvan sommige capaciteiten niet door de N.V. FLUXYS, maar wel door de N.V. SEGEO worden gecommercialiseerd (deze capaciteiten zijn door historische contracten die met deze laatste werden gesloten aan de twee operatoren voorbehouden).

Binnen de huidige stand van zaken is de N.V. FLUXYS die enige houder van de vervoersvergunningen (althans voor het gedeelte exploitatie) op deze leidingen is, niet in staat om al haar verplichtingen betreffende het beheer van het vervoersnet na te komen.

Om de hiervoor aangehaalde redenen beveelt de CREG de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van het aardgasvervoersnet aan om de overname door de N.V. FLUXYS van alle activiteiten die met het beheer van de Troll, rTr en SEGEO leidingen verband houden als voorwaarde te stellen.

12. De CREG wenst overigens een opmerking te maken bij de vervoersinstallaties die eigendom zijn van de eindafnemers en waarvoor zij een vervoersvergunning ontvingen. Deze installaties maken deel uit van het aardgasvervoersnet vermits het conform de definities 10° en 10°bis van artikel 1 van de gaswet wel degelijk vervoersinstallaties uitsluitend voor het vervoer van aardgas betreft, met uitsluiting van directe leidingen en upstreaminstallaties. Omwille van het eenheidsprincipe en het beheermonopolie komt de exploitatie van deze installaties van rechtswege toe aan de beheerder van het aardgasvervoersnet. Het is dan ook absoluut noodzakelijk dat deze, althans voor het gedeelte "exploitatie", de vervoersvergunningen voor alle vervoersinstallaties die deel uitmaken van dit net, inclusief de installaties die eigendom zijn van de eindafnemers bezit.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van het aardgasvervoersnet aan om de overdracht van het gedeelte "exploitatie" van alle aardgasvervoersvergunningen waarvan eindafnemers houder zijn als voorwaarde te stellen. Hiervoor moet het gedeelte "constructie en eigendom" van deze vergunningen niet worden overgedragen. De eindafnemers kunnen daarvan houder blijven.

13. Wat de aanstelling als beheerder van de LNG-installatie betreft, respecteert de door de N.V. FLUXYS met de N.V. FLUXYS LNG beoogde constructie evenmin de voorwaarde van eenheid van beheer.

In haar kandidatuurdoossier verklaart de N.V. FLUXYS dat zij een overeenkomst met de N.V. FLUXYS LNG (eigenaar van de LNG-installatie en huidig beheerder van de LNG-installatie krachtens het voorlopige door de gaswet georganiseerde stelsel) diende te sluiten, om de

noodzakelijke samenwerking tussen beide vennootschappen te organiseren, teneinde de N.V. FLUXYS toe te laten haar wettelijke taken van beheerder te vervullen (in de veronderstelling van haar aanstelling tot beheerder van de LNG-installatie), met daaronder begrepen, een effectieve beslissingsbevoegdheid waardoor zij de LNG installatie kan exploiteren, onderhouden en ontwikkelen op economisch aanvaardbare, veilige, betrouwbare en efficiënte wijze (artikel 15/1, van de gaswet) en overeenkomstig artikel 8/5 van de gaswet. De betreffende overeenkomst, ook "protocolovereenkomst" genoemd die op 21 mei 2007 werd ondertekend, is bij het door de N.V. FLUXYS samengestelde dossier gevoegd. [*Vertrouwelijke informatie*].

De door deze overeenkomst beoogde constructie stelt een aantal problemen. De voornaamste worden hierna nader onderzocht.

14. [*Vertrouwelijke informatie*].

Zoals eerder al aangestipt, wenste de wetgever echter dat enkel de aangestelde beheerder de taken zou uitvoeren die met betrekking tot het beheer van de vervoersinstallaties bij wet werden toegewezen. Hoewel het begrijpelijk is dat de beheerder voor de uitvoering van gerichte of occasionele taken een beroep op derden (onderaannemers,...) zou doen, wordt dit onaanvaardbaar wanneer daarmee, zoals in dit geval, algemeen aan de kernactiviteiten van de beheerder wordt geraakt, en dit bovendien exclusief en voor de hele duur van de aanstelling (20 jaar) gebeurt. Dat deze taken onder het toezicht en onder de instructies van de beheerder worden uitgevoerd, verandert daar niets aan.

De beheerder toelaten een andere vennootschap (zelfs op zijn orders) te belasten met een essentieel gedeelte van de activiteiten waarvoor hij een wettelijke monopolie bezit, druist volgens de CREG in tegen de wens van (zowel de Belgische als de communautaire) wetgever en laat toe het doel van de wet te omzeilen. De wetgever besliste immers de beheerder te onderwerpen aan een aantal in de gaswet beschreven beperkingen en verplichtingen zoals de onafhankelijke samenstelling en werking, het zich onthouden van discriminatie tussen alle marktactoren, zowel wat de toegang tot het net als het verstrekken van informatie betreft, het respecteren van de vertrouwelijkheid en het aanbieden van haar diensten tegen tarieven gebaseerd op reële kosten. Zou de beheerder een andere vennootschap met de uitvoering van haar opdrachten belasten, dan zou deze laatste niet langer aan deze wettelijke verplichtingen onderworpen zijn en niet langer onder het toezicht van de regulator vallen. Hierdoor zou het efficiënte, onafhankelijke en onpartijdige beheer van de vervoersinstallaties immers niet langer kunnen worden gewaarborgd.

In die zin overtreedt de door de protocolovereenkomst voorziene constructie het door artikel 8, §1 van de gaswet voorgeschreven principe van eenheid en monopolie van beheer.

Bovendien zou het belasten van een andere vennootschap met kernactiviteiten ook een inbreuk kunnen vormen op de verplichting voor de beheerder om over een organisatie (en dus zijn eigen organisatie) te beschikken, die hem toelaat zijn taken redelijkerwijze te vervullen (artikel 15/1 van de gaswet).

Bovendien overtreedt een dergelijke constructie artikel 3 van de gaswet dat voorziet dat de exploitatie van elke vervoersinstallatie aan de voorafgaande toekenning van een individuele vergunning door de minister is onderworpen. [*Vertrouwelijke informatie*].

Veronderstellen dat de beheerder wettelijk gemachtigd is een derde te belasten met het vervullen van haar kerntaken (*quod non*) doet bij de CREG de vraag rijzen of het feit uitsluitend op eenzelfde vennootschap voor het vervullen van deze taken beroep te doen en dat voor de hele duur van de aanstelling (zoals voorzien in de protocolovereenkomst), verenigbaar is met de verplichting tot niet-discriminatie en transparantie beoogd door artikel 42, §3 ⁶ van het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de gedragscode inzake toegang tot de vervoersnetten voor aardgas (hierna: de gedragscode).

15. [*Vertrouwelijke informatie*]. Zoals de CREG al aanstipte, is de commercialisatie van de capaciteiten een onderdeel van de voornaamste exploitatieactiviteit van de installaties van de beheerder. [*Vertrouwelijke informatie*].

Ook om die reden vormt de door de protocolovereenkomst voorziene constructie een overtreding van de vereiste eenheid van beheer en de vereiste monopolie van beheer dat door artikel 8, §1, van de gaswet wordt voorgeschreven.

16. [*Vertrouwelijke informatie*].

17. [*Vertrouwelijke informatie*].

18. Om voorgaande redenen die de enorme kloof aantonen tussen de gaswet en de constructie beoogd door de protocolovereenkomst die tussen de N.V. FLUXYS en de N.V. FLUXYS LNG werd gesloten, kan de CREG zelfs geen voorwaardelijk positief advies over de

⁶ Dit artikel voorziet dat de externe beleidsregels (vervat in het nalevingsprogramma dat door de vervoersonderneming moet worden opgesteld) de principes van niet-discriminatie en transparantie bevatten die de vervoersonderneming in haar relaties met leveranciers, aannemers en onderaannemers, andere dienstenverstrekkers en netgebruikers toepast .

aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder van de LNG-installatie formuleren⁷.

DE VERVOERSVERGUNNINGEN

19. Krachtens artikel 8, §2, lid 1, van de gaswet en het advies dat op 21 februari in het Belgisch Staatsblad verscheen, moet de kandidaat voor het indienen van zijn aanvraag om, naargelang het geval, tot beheerder van het aardgasvervoersnet, beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas of beheerder van de LNG-installatie te worden aangesteld, houder zijn van een of meer vergunningen voor aardgasvervoer, aardgasopslag, met inbegrip van de vergunningen afgeleverd met toepassing van de wet van 18 juli 1975 en de uitvoeringsbesluiten ervan, of LNG-installatie.

20. Wat de aardgasvervoersvergunningen en de vergunningen voor de aardgasopslag betreft, heeft de N.V. FLUXYS in haar kandidatuurdossier het bewijs geleverd dat zij daadwerkelijk houder is van een bepaald aantal vergunningen voor het aardgasvervoer en de opslag van aardgas, wat overigens algemeen gekend is. Dit criterium is met andere woorden vervuld.

21. Wat de LNG-installatie betreft, stelt de CREG vast dat de N.V. FLUXYS LNG en niet de N.V. FLUXYS vandaag houder is van de unieke aardgasvervoersvergunning. Uit het dossier dat de N.V. FLUXYS ter ondersteuning van haar kandidatuur voor de functie van beheerder van de LNG-installatie bij de minister indiende, blijkt dat de N.V. FLUXYS LNG gelijktijdig met de kandidatuur van de N.V. FLUXYS een aanvraag bij de minister indiende om het gedeelte “exploitatie” van haar vergunning aan de N.V. FLUXYS over te dragen, onder de opschortende voorwaarde van de aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder van de LNG-installatie en met uitwerking op de dag van deze aanstelling. Het dossier met de aanvraag tot overdracht is bij het kandidatuurdossier van de N.V. FLUXYS gevoegd.

Het komt er dus op aan te weten of de N.V. FLUXYS zich kandidaat mag stellen voor het beheer van de LNG-installatie terwijl zij op het ogenblik van het indienen van haar kandidatuur niet in het bezit is van de vervoersvergunning (gedeelte “exploitatie”) en of de minister de overdracht van de vervoersvergunning kan koppelen aan de voorwaarde van aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder. Deze kwesties moeten hier echter niet worden opgelost aangezien het volgens de paragrafen 14 tot 18 van voorliggend advies voor de CREG in dit stadium duidelijk is dat de N.V. FLUXYS op basis van de in de

⁷ De CREG dient zich in het kader van voorliggend advies niet uit te spreken over de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS LNG tot beheerder van de LNG-installatie.

protocolovereenkomst beoogde constructie geenszins als beheerder van de LNG-installatie kan worden aangewezen. De opschortende voorwaarde die aan het verzoek tot gedeeltelijke overdracht van de vervoersvergunning is gekoppeld, kan dus in geen geval worden verwezenlijkt.

DE TERMIJN VOOR DE INDIENING VAN DE KANDIDATUUR

22. Conform artikel 8, §2, lid 1, van de gaswet moeten de kandidaat-beheerders hun kandidatuur bij de minister “binnen een termijn van drie maanden” na de datum van de bekendmaking van het bericht in het Belgisch Staatsblad indienen. Aangezien het betreffende bericht op 21 februari 2007 werd gepubliceerd, hadden de kandidaten tot 21 mei 2007 de tijd om hun dossier in te dienen. De CREG stelt vast dat de N.V. FLUXYS haar drie kandidatuurdossiers op 21 mei 2007 en dus binnen de wettelijke termijn indiende.

DE TERRITORIALE DEKKING

23. Artikel 8, §2, tweede lid van de gaswet bepaalt dat “de houder van een aardgasvervoersvergunning, die kandidaat is voor het beheer van het aardgasvervoersnet alleen of samen met andere houders van een aardgasvervoersvergunning, een deel van het bedoelde vervoersnet moet bezitten dat ten minste 75% van het nationale grondgebied bestrijkt”.

Dit criterium is enkel van toepassing op de kandidaat voor het beheer van het aardgasvervoersnet.

Met name wat de bewoordingen “alleen of samen” en “een deel van het bedoelde vervoersnet te bezitten dat ten minste 75% van het nationale grondgebied bestrijkt” betreft, werd dit criterium haast woordelijk, zonder enige vorm van rechtvaardiging, uit de elektriciteitswet overgenomen. De memorie van toelichting noch de voorbereidende werken van de elektriciteitswet verstrekken enige verduidelijking bij de interpretatie die aan deze bewoordingen moet worden gegeven.

In de eerste plaats merken we op dat deze voorwaarde enkel betrekking lijkt te hebben op de eigendom van het net en niet op de exploitatie ervan, vermits de kandidaat een deel van het net moet “bezitten”. In haar kandidatuur dossier ingediend met de bedoeling te worden aangesteld tot beheerder van het aardgasvervoersnet, beweert de N.V. FLUXYS op enkele uitzonderingen na eigenaar van het volledige vervoersnet te zijn. Die uitzonderingen zijn:

- De Troll en rTr leidingen, die eigendom zijn van GIE FINPIPE;
- De SEGEO leiding, eigendom van de N.V. SEGEO;
- Twee leidingen die eigendom zijn van Nederlandse ondernemingen, die het Belgische grondgebied doorkruisen, maar waarvan de leveringspunten zich in Nederland bevinden;
- De leidingen die de installaties van de grote industriële verbruikers met de rest van het vervoersnet verbinden.

Uitgaande van de informatie die ze in haar bezit heeft, meent de CREG dat de uitspraken van de N.V. FLUXYS overeenstemmen met de realiteit.

Het territorialiteitscriterium heeft enkel betrekking op het “netwerk”. Deze term moet klaarblijkelijk worden geïnterpreteerd als “vervoersnet”, waarvan de definitie expliciet de directe leidingen uitsluit, namelijk “elke leiding voor gasvervoer die fysisch geen deel uitmaakt van het geïnterconnecteerd net” Het geïnterconnecteerd net wordt zelf gedefinieerd als “elk samenstel van met elkaar verbonden vervoersnetten”.

De twee leidingen die eigendom zijn van de Nederlandse ondernemingen zijn niet met de rest van het Belgische net verbonden. Zij moeten dus als directe leidingen worden beschouwd en moeten voor het territorialiteitscriterium derhalve niet in aanmerking worden genomen.

De overige leidingen waar de N.V. FLUXYS geen eigenaar is, maken wel degelijk deel uit van het Belgische vervoersnet.

24. Om na te gaan of de N.V. FLUXYS het territorialiteitscriterium eerbiedigt, moet een interpretatie worden gegeven aan dat wat de wetgever binnen deze context met het “nationaal grondgebied” bedoelt. Aangezien de CREG niet over meer concrete informatie beschikt, meent zij dat deze term moet worden begrepen als “het geheel van het geïnterconnecteerde net dat het mogelijk maakt de Belgische zones van aardgas te voorzien en ook de doorvoerleidingen omvat”. De vraag is dus of de N.V. FLUXYS eigenaar is van min of meer 75% van dit geheel.

De lengte van de Troll, rTr en SEGEO leidingen bedraagt respectievelijk ongeveer 140 km, 300 km en 160 km. De leidingen die eigendom zijn van de eindafnemers vertegenwoordigen een totale lengte die vergeleken met het geheel van het net, dat 3.800 km leidingen omvat, verwaarloosbaar is⁸. De drie voornoemde grote leidingen vertegenwoordigen in totaal dus 16% van de totale lengte van het vervoersnet. Op basis daarvan is het territorialiteitscriterium dus vervuld, aangezien de N.V. FLUXYS meer dan 75% van het geïnterconnecteerde net bezit dat het mogelijk maakt de Belgische zones van aardgas te voorzien en ook de doorvoerleidingen omvat.

DE OPRICHTING EN DE MAATSCHAPPELIJKE ZETEL

25. Artikel 8/2, 1°, van de gaswet voorziet als voorwaarde van toepassing voor elk van de drie in de artikelen 8 en 8/1 van de gaswet bedoelde beheerders (ongeacht of het een beursgenoteerde onderneming betreft) de verplichting dat ze zijn opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap, met maatschappelijke zetel en centrale administratie in een staat die behoort tot de Europese Economische Ruimte.

De N.V. FLUXYS is wel degelijk opgericht onder de vorm van een naamloze vennootschap. Haar maatschappelijke zetel en centrale administratie zijn in België gevestigd. Zij voldoet dus aan dit criterium.

DE WET VAN 2 AUGUSTUS 2002

26. Artikel 8/2, 2°, van de gaswet voorziet als voorwaarde van toepassing voor elk van de drie in de artikelen 8 en 8/1 van de gaswet bedoelde beheerders (ongeacht of het een beursgenoteerde onderneming betreft) de verplichting te voldoen aan alle voorwaarden die bepaald zijn door de wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen (hierna: de wet van 2002).

27. Om de draagwijdte van deze bepaling te kunnen begrijpen, dient men te verwijzen naar de voorbereidende werken van de wet van 1 juni 2005 houdende wijziging van de gaswet. Immers de wet van 2002 bevat overwegend bepalingen gericht op de aanpassing

⁸ Jaarverslag 2006 van Fluxys, p. 74

van het Wetboek van Vennootschappen die in het kader van de aanstelling van beheerders niet echt in aanmerking moet worden genomen⁹.

De artikelen 8/2 tot 8/6 van de gaswet zijn gemotiveerd onder hoofdstuk 5.2 van de memorie van toelichting “juridische en operationele onafhankelijkheid van de beheerder” Het tweede deel van artikel 8/2 wordt hier als volgt gerechtvaardigd: “Door (...) de naleving te verzekeren (...) van de beginselen van *corporate governance* vastgelegd door de wet van 2 augustus 2002 die toepasselijk zijn op zelfs niet-beursgenoteerde vennootschappen (...)”. De CREG leidt hieruit af dat enkel de voorwaarden van de artikelen van de wet van 2002 die specifiek de *corporate governance* aangelegenheden betreffen, meer bepaald de artikelen 30 tot 33 van deze wet, moeten worden onderzocht.

28. Artikel 30 van de wet van 2002 voorziet in de mogelijkheid om binnen de raad van bestuur en onder haar verantwoordelijkheid adviescomités op te richten. Vermits het hier een mogelijkheid en geen verplichting betreft, dient over de naleving van dit artikel niet te worden gewaakt. Dit artikel is overigens minder dwingend dan artikel 8/3 van de gaswet dat de oprichting van dergelijke comités oplegt. Dit artikel vormt het voorwerp van het toezicht van de CBFA in het kader van de procedure tot aanstelling van de beheerders.

29. Artikel 31 van de wet van 2002 brengt een paar wijzigingen aan artikel 523 van het Wetboek van de Vennootschappen aan. Dit artikel 523 heeft betrekking op mogelijke belangenconflicten van de beheerders. De controle op de naleving van dit artikel kan slechts a posteriori gebeuren en kan dus niet worden beschouwd als een criterium dat in het kader van de aanstelling van de beheerders moet worden onderzocht. De CREG merkt echter op dat het Corporate Governance Charter van de N.V. FLUXYS een reeks principes voorziet die de naleving van artikel 523 van het Wetboek van de vennootschappen beoogt. De CREG meent dan ook dat de N.V. FLUXYS de vereiste maatregelen heeft getroffen om de naleving van dit artikel te verzekeren.

30. De paragrafen 1 tot 3 van artikel 524 van het Wetboek van de vennootschappen, ingevoegd door artikel 32 van de wet van 2002, hebben betrekking op voorafgaande maatregelen die een vennootschap moet treffen wanneer zij een beslissing wil nemen, die minstens 1% van haar netto geconsolideerd actief vertegenwoordigt, wanneer ze verband houdt met haar betrekkingen (of de betrekkingen van een van haar dochterondernemingen) met een verbonden vennootschap. De controle op de naleving van dit artikel kan slechts

⁹ Zo hebben de artikelen 8 tot 24 van de wet van 2002 betrekking op vennootschappen die niet onder de vorm van een naamloze vennootschap zijn opgericht. Andere bepalingen hebben dan weer betrekking op kleinere aanpassingen zoals de Nederlandstalige vertaling van bepaalde termen of de omzetting van de Belgische frank naar de euro, enz.

a posteriori gebeuren en moet in het kader van voorliggend advies dus niet worden onderzocht.

Niettemin verbaast de CREG zich dat de N.V. FLUXYS in haar Corporate Governance Charter “de mogelijkheid behoudt om in het kader van de implementatie van artikel 524 van het Wetboek van Vennootschappen de bestuurders die alleen aan de criteria van artikel 524 voldoen als onafhankelijke bestuurders te beschouwen”. Om als onafhankelijk bestuurder te kunnen worden beschouwd, legt de gaswet de naleving op van de twee criteria die naast de 4^e paragraaf van artikel 524 van het wetboek van de vennootschappen werden voorzien. Om de door de gaswet gewenste onafhankelijkheid te verzekeren meent de CREG dat de onafhankelijke bestuurders die in het kader van de implementatie van dit artikel moeten optreden, niet enkel onafhankelijk in de zin van het Wetboek van de Vennootschappen, maar ook in de zin van de gaswet moeten zijn. Dit is in geen enkel opzicht een theoretische discussie, vermits uit het dossier van de kandidatuur van de N.V. FLUXYS blijkt dat zij twee van haar bestuurders, de heren De fauw en Grégoire, beschouwt als onafhankelijk in de zin van het Wetboek van de vennootschappen, maar niet in de zin van de gaswet.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder dan ook aan, dat het Corporate Government Charter zodanig wordt aangepast dat enkel de onafhankelijke bestuurders in de zin van de gaswet als onafhankelijk kunnen worden beschouwd in het kader van de implementatie van artikel 524 van het Wetboek van de vennootschappen.

31. Artikel 524, §4, van het Wetboek van de vennootschappen bevat een reeks andere *corporate governance* maatregelen die hierna worden besproken.

“De benoeming van de kandidaten tot onafhankelijk bestuurder wordt voorafgaand aan de benoeming door de algemene vergadering, ter kennisgeving aan de ondernemingsraad meegedeeld. Eenzelfde procedure is vereist bij hernieuwing van het mandaat”. De CREG stelt vast dat het proces-verbaal van de algemene vergadering van 8 mei 2007 van de N.V. FLUXYS meldt dat de raad van bestuur wel degelijk voorafgaand aan de algemene vergadering in kennis werd gesteld van het voorstel tot benoeming van nieuwe onafhankelijke bestuurders. De CREG leidt daaruit af dat de N.V. FLUXYS deze verplichting momenteel wel degelijk naleeft.

“Het benoemingsbesluit maakt melding van de motieven op grond waarvan de hoedanigheid van onafhankelijk bestuurder wordt toegekend”. De N.V. FLUXYS leverde in haar kandidatuurdossiers, noch in haar antwoorden op de vragen die door de CREG werden gesteld het bewijs dat zij deze bepaling naleeft. De, vroegere, naleving van dit formeel

criterium lijkt met betrekking tot de aanstelling van de beheerders niet beslissend. De N.V. FLUXYS dient in de toekomst echter wel over de naleving van deze bepaling te waken.

Bovendien bepaalt artikel 524, §4, van het Wetboek van de vennootschappen de criteria die moeten zijn vervuld om onafhankelijk bestuurder in de zin van het Wetboek van de vennootschappen te zijn. De naleving van deze criteria door de onafhankelijke bestuurders van de N.V. FLUXYS vormt het voorwerp van controle van de CBFA in het raam van de procedure tot aanstelling van de bestuurders, conform artikel 8, §4, van de gaswet.

32. De controle op de naleving van de bepalingen voorzien in artikel 524, §§5 en 6, kan slechts a posteriori gebeuren en dient in het raam van voorliggend advies dus niet te worden uitgevoerd.

33. Artikel 524, §7, bepaalt dat “de genoteerde vennootschap in haar jaarverslag de wezenlijke beperkingen of lasten vermeldt die de moedervenootschap haar tijdens het besproken jaar heeft opgelegd, of waarvan zij de instandhouding heeft verlangd”. De CREG trof in het jaarverslag 2006 van de N.V. FLUXYS geen enkele aanwijzing over dergelijke lasten aan. In antwoord op een vraag van de CREG gaf de N.V. FLUXYS te kennen “*qu'en 2006, aucune limitation substantielle ou charge au sens de l'article 524, §7, du Code des sociétés n'a été imposée par Suez-Tractebel à la S.A. FLUXYS et que cette situation est demeurée inchangée depuis*”. De CREG leidt daaruit af dat de N.V. FLUXYS voornoemde bepaling niet heeft overtreden.

34. Artikel 33 van de wet van 2002 voegt in het Wetboek van de vennootschappen een artikel 524bis in, dat bepaalt dat “de statuten de raad van bestuur kunnen toestaan, zijn bestuursbevoegdheden over te dragen aan een directiecomité, zonder dat deze overdracht betrekking kan hebben op het algemeen beleid van de vennootschap of op alle handelingen die op grond van andere bepalingen van de wet aan de raad van bestuur zijn voorbehouden. Wanneer een directiecomité wordt ingesteld, is de raad van bestuur belast met het toezicht op dat comité”.

De CREG stelt vast dat de statuten van de N.V. FLUXYS op 8 mei 2007 werden gewijzigd en voortaan de mogelijkheid voor de raad van bestuur voorzien om een directiecomité op te richten. De beslissing van de raad van bestuur om binnen de N.V. FLUXYS daadwerkelijk een directiecomité op te richten dateert van de vergadering van 5 april 2007 en kreeg uitwerking na afloop van de algemene vergaderingen van 8 mei 2007.

De kwestie van de oprichting van een directiecomité wordt ter sprake gebracht in artikel 8/3 van de gaswet, die in het kader van de procedure tot aanstelling van de beheerders het

voorwerp van controle van de CBFA vormt. De formulering van artikel 8/3 laat niet toe om duidelijk af te leiden of het in het kader van dit artikel aan de CBFA toekomt om op systematische wijze de naleving van alle bepalingen van artikel 524*bis* van het Wetboek van de vennootschappen te verifiëren. De CREG verifieert dan ook de naleving van deze bepalingen in het raam van haar adviesbevoegdheid betreffende de naleving van de voorwaarden voorzien door de wet van 2002.

35. De CREG gaat in de eerste plaats na of de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de raad van bestuur en het directiecomité het artikel 524*bis* van het Wetboek van de vennootschappen eerbiedigt.

Uit de artikelen 18.1 en 18.2 van de statuten van de N.V. FLUXYS blijkt dat wanneer de Raad van bestuur tot de oprichting van een directiecomité beslist, dit belast wordt met het “operationeel beheer van de vennootschap (met inbegrip van het dagelijkse bestuur)” terwijl de raad van bestuur “over de meest uitgebreide macht beschikt om alle handelingen van bestuur te doen” en dat “al hetgeen niet uitdrukkelijk door de wet of door de statuten aan de algemene vergadering voorbehouden is, in zijn bevoegdheid ligt”.

Voor het overige bepaalt het reglement van de raad van bestuur van de N.V. FLUXYS dat deze onder meer belast is met het definiëren van het algemeen beleid van de vennootschap.

Tot slot bepaalt het reglement van inwendige orde van het directiecomité van de N.V. FLUXYS de operationele rol van deze laatste alsook de (met name financiële) limieten, waarbinnen dit comité kan handelen. Het voorziet eveneens, net als het reglement van het strategische comité en conform artikel 18.3 van de statuten dat de voorzitter van het directiecomité deelneemt aan de vergaderingen van het strategisch comité en hieraan verslag uitbrengt over de activiteiten die onder het operationele beheer ressorteren.

Op basis van al deze elementen meent de CREG dat de voornoemde statuten en reglementen van de N.V. FLUXYS conform zijn aan artikel 524*bis* van het Wetboek van de vennootschappen.

36. Het derde lid van artikel 524*bis* bepaalt dat “de voorwaarden van aanstelling van de leden van het directiecomité, hun herroeping, hun bezoldiging, de duur van hun opdracht en de werkwijze van het directiecomité bepaald worden door de statuten of bij ontstentenis aan een statutaire bepaling, door de raad van bestuur”.

Het reglement van inwendige orde van het directiecomité dat door de raad van bestuur van de N.V. FLUXYS tijdens de buitengewone zitting van 5 april 2007 werd goedgekeurd,

bepaalt de werkingswijze van dit comité en het maximumaantal leden (6) maar ook dat het de raad van bestuur is die de voorzitter en de leden van het directiecomité benoemt en herroept, na advies van het benoemings- en vergoedingscomité en het comité corporate governance op voorstel van de voorzitter van het directiecomité (voor wat de andere leden dan de voorzitter betreft). De bezoldigingen van de drie personen die het huidige directiecomité van de N.V. FLUXYS vormen, werden door de raad van bestuur van de vennootschap, naar aanleiding van hun benoeming, goedgekeurd (onder voorbehoud van de resultaten van een studie besteld door het benoemings- en vergoedingscomité). De duur van hun taak is daarentegen niet gepreciseerd.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder dan ook aan, dat de raad van bestuur de duur van de missie van de reeds benoemde leden van het directiecomité toelicht en het reglement van inwendige orde van dit comité in die zin wijzigt, dat de raad van bestuur de duur van de missie van de personen die het binnen het directiecomité benoemt, vastlegt.

37. Het vierde lid van artikel 524*bis* van het Wetboek van de vennootschappen bepaalt dat "de statuten aan een of meer leden van het directiecomité bevoegdheid kunnen verlenen om de vennootschap hetzij alleen, hetzij gezamenlijk te vertegenwoordigen".

Artikel 20 van de statuten van de N.V. FLUXYS bepaalt dat "de vennootschap is vertegenwoordigd, zowel in rechte als in handelingen of akten, in de akten, met inbegrip van deze waaraan een openbaar of ministerieel ambtenaar zijn medewerking verleent, en voor de rechter" als volgt wordt vertegenwoordigd:

- hetzij door twee bestuurders die gezamenlijk handelen;
- hetzij, binnen de perken van de verleende bevoegdheden, door de gedelegeerde bestuurder, of door de voorzitter van het directiecomité, die alleen handelt met de mogelijkheid tot subdelegatie van bijzondere en welbepaalde bevoegdheden".

De CREG meent dat deze statutaire bepaling conform is aan artikel 524*bis*, vierde lid, van het Wetboek van de vennootschappen.

38. Artikel 33 van de wet van 2002 voegt ook een artikel 524*ter* in het Wetboek van de vennootschappen in. Dit artikel beoogt de situaties van belangenconflicten die zich uit hoofde van een lid van het directiecomité kunnen stellen.

De CREG meent dat het nuttig zou zijn om artikel 5 van het reglement van inwendige orde aan te vullen om het volledig conform te maken met artikel 524*ter* van het Wetboek van de vennootschappen (waarnaar het overigens verwijst) door aan te stippen dat het betreffende

lid niet mag deelnemen aan de stemming over verrichtingen of beslissingen waarbij er sprake is van belangenconflicten en door te preciseren dat zijn verklaring, de redenen die het tegenstrijdige belang rechtvaardigen, de aard van de beslissing of van de verrichting en de rechtvaardiging van deze beslissing, evenals de vermogensrechtelijke gevolgen van deze beslissing voor de vennootschap, moeten voorkomen in het proces-verbaal van de zitting van het directiecomité. Dit artikel van het reglement van inwendige orde zou ook, conform artikel 524ter, moeten aangeven dat een kopie van dit proces-verbaal integraal aan de raad van bestuur tijdens de volgende bijeenkomst moet worden overgemaakt.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder aan om artikel 5 van het reglement van inwendige orde van het directiecomité aan te passen en het dus volledig conform te maken met artikel 524ter van het Wetboek van de vennootschappen.

DE FUNCTIONELE ONAFHANKELIJKHEID

39. De CREG stelt vast dat de artikelen 8/4 en 8/5 van de gaswet, die de bewoordingen van artikel 9 van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (hierna: de gasrichtlijn) grotendeels hernemen, uitsluitend verwijzen naar de beheerder van het aardgasvervoersnet. De Europese wetgever heeft de verplichtingen van “*legal and management unbundling*” niet willen uitbreiden tot de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie, voor wie slechts een boekhoudkundige scheiding is vereist. Dit onderscheid speelt hier geen rol omdat de N.V. FLUXYS zich aandient als gecombineerd netbeheerder, waarvoor de gaswet uitdrukkelijk in de toepassing voorziet van de artikelen 8, 8/1, 8/2, 8/3, 8/4 en 8/5 (artikel 8/6 van de gaswet)¹⁰.

40. De artikelen 8/4 en 8/5 van de gaswet, die de artikelen 9.1 en 9.2.a tot 9.2.c van de gasrichtlijn getrouw omzetten, beogen de juridische en functionele onafhankelijkheid van de beheerder van het aardgasvervoersnet (of van de gecombineerde beheerder) te garanderen,

¹⁰ Het regime dat wordt voorzien door artikel 8/6 doet vragen rijzen, vermits wanneer een kandidaat zich zowel aandient als kandidaat-beheerder voor de opslaginstallaties voor aardgas en als kandidaat-beheerder voor de LNG-installatie, hij als “gecombineerd netwerkbeheerder” moet voldoen aan de voorwaarden van de artikelen 8/4 en 8/5, hoewel deze voorwaarden niet moeten worden vervuld als hij zich enkel kandidaat voor de ene of de andere van beide functies zou aandienen. Nuttig om weten is ook of artikel 8/3 enkel van toepassing is op de beheerder van het vervoersnet (of de gecombineerde netbeheerder) of ook op de twee andere beheerders.

wanneer die deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerde onderneming, wat voor de N.V. FLUXYS wel degelijk het geval is¹¹.

41. De naleving van deze bepalingen is fundamenteel om de onpartijdigheid van de beslissingen van de beheerder en, dus, een bevredigende werking van de aardgasmarkt te verzekeren.

Zoals uiteengezet onder paragraaf 7 van voorliggend advies heeft de CREG niet alle criteria vermeld onder de artikelen 8/4 en 8/5 in detail onderzocht, aangezien in het raam van de procedure tot aanstelling van de beheerders, de wetgever deze rol aan de CBFA toevertrouwd. Gezien haar kennis van de werking van de aardgasmarkt in België acht de CREG het niettemin noodzakelijk is de belangrijke vastgestelde problemen op basis van haar eigen interpretatie van deze bepalingen te belichten.

42. Algemeen beogen deze bepalingen de beheerder een heuse onafhankelijkheid van de moedermaatschappij, en meer specifiek van de leverings-, distributie- en productieactiviteiten van aardgas van de moedermaatschappij, te verzekeren. In de toelichting van de tweede gasrichtlijn preciseert de Europese Commissie hierover dat “de dochteronderneming voor transmissie in staat is functioneel te werken, onafhankelijk van de andere commerciële belangen (...) van de groep waartoe ze behoort”¹².

Met name ten aanzien van de overige gasactiviteiten van de verticaal geïntegreerde onderneming moet de onafhankelijkheid van de beheerder worden verzekerd. De wetgever eist geen onafhankelijkheid van de rest van de geïntegreerde onderneming.

Om deze onafhankelijkheid te bereiken legt de gasrichtlijn naast de juridische scheiding ook maatregelen op die op twee vlakken moeten worden getroffen: het komt er enerzijds op aan de onafhankelijkheid van de personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de beheerder (artikelen 9.2.a en b), en anderzijds tot op zekere hoogte de beslissingsautonomie van de beheerder ten aanzien van de moedermaatschappij (artikel 9.2.c.) te verzekeren.

¹¹ De definitie van een verticaal geïntegreerde onderneming is “een aardgasonderneming of een groep bedrijven waarvan de wederzijdse relaties zijn vastgelegd in artikel 3 (3) van de (EG) verordening betreffende de controle op concentraties van ondernemingen en die ten minste één van de volgende functies vervult: Aardgasvervoer, aardgasdistributie, LNG-activiteit, of opslag van aardgas, en ten minste één van de volgende functies: Productie of levering van aardgas”. Gezien deze definitie, de meerderheidsparticipatie van de groep Suez/Electrabel binnen Fluxys, en de activiteiten houdende aardgaslevering van Suez / Electrabel, moet Fluxys heel zeker worden beschouwd als een onderdeel van een verticaal geïntegreerde onderneming.

¹² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/92/EG en Richtlijn 98/30/EG betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en aardgas, 13 maart 2001, PBEG, C 240^E, van 28 augustus 2001, Toelichting, afdeling 3.2 (kwalitatieve voorstellen).

Onafhankelijkheid van personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de beheerder

43. De artikelen 9.2.a en 9.2.b van de richtlijn die haast woordelijk onder de artikelen 8/5, 1° en 2° van de gaswet worden hernomen, beogen dat de personen die voor het bestuur bij de beheerder verantwoordelijk zijn, voldoende onafhankelijk zijn van de overige gasactiviteiten van de groep. Doel van deze bepalingen is te vermijden dat deze personen beslissingen nemen die ten koste van de concurrerende vennootschappen, de verbonden vennootschappen een voordeel kunnen opleveren.

Artikel 9.2.a voorziet dat: “de personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de (...) beheerder maken geen deel uit van bedrijfsstructuren van het geïntegreerde aardgasbedrijf die direct of indirect verantwoordelijk zijn voor het dagelijkse beheer van de productie, distributie en levering van aardgas”. Zoals achteraf zal blijken, is de interpretatie van deze wezenlijke bepaling bijzonder complex.

44. In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat deze bepaling geen eisen stelt aan eventuele vroegere, zelfs recente, betrekkingen van de verantwoordelijken van het bestuur van de beheerder met de productie-, distributie- of leveringsactiviteiten van de geïntegreerde gasonderneming. De wetgever meent dus dat de onafhankelijkheid van deze verantwoordelijken voldoende is gegarandeerd wanneer zij niet gelijktijdig binnen de structuren van het geïntegreerde aardgasbedrijf die direct of indirecte verantwoordelijk zijn voor het dagelijkse beheer van de voornoemde activiteiten verantwoordelijkheden uitoefenen¹³.

45. In haar “*Note de synthèse établissant que Fluxys répond aux exigences des articles 8/4 et 8/5 de la loi gaz*” van 13 juni 2007 gericht aan de CBFA beweert de N.V. FLUXYS dit criterium te respecteren, op basis van het feit dat het beheer van de vennootschap in overeenstemming met de statuten door de raad van bestuur werd toevertrouwd aan een directiecomité, waarvan geen enkel lid deel uitmaakt van beheerstructuren van andere vennootschappen van de groep Suez.

¹³ Artikel 9.2.b) van de richtlijn voorziet dat “passende maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat op zodanige wijze rekening wordt gehouden met de professionele belangen van de personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de transmissiesysteembeheerder dat gewaarborgd is dat zij onafhankelijk kunnen functioneren. De wetgever gaf niet aan welk type maatregelen het betreft, maar deze formulering lijkt niet de bedoeling te hebben de betreffende personen een “wachterperiode” op te leggen tussen het einde van de eventuele vroegere verantwoordelijkheden van het dagelijks beheer binnen de productie-, distributie- of leveringsactiviteiten van gas en het opnemen van hun functie als verantwoordelijke van het bestuur bij de beheerder. Nochtans eist de gaswet dat de onafhankelijke bestuurders binnen de raad van bestuur van de beheerders tijdens de negen maanden of 2 jaar (naargelang het geval) die aan hun aanstelling voorafgaan, geen functie of activiteit binnen de gasector hebben uitgeoefend. De reden waarom enkel de onafhankelijke bestuurders aan een dergelijke vereiste onderworpen zijn en niet de andere verantwoordelijken voor het bestuur van de vennootschap, zowel bestuurders als leden van het directiecomité, is niet duidelijk.

De CREG stelt echter vast dat de N.V. FLUXYS in deze nota geen enkel nauwkeurig element aanvoert dat toelaat te besluiten dat de beheersbevoegdheden toevertrouwd aan het directiecomité en de autonomie dusdanig zijn dat haar leden als enige verantwoordelijken van het bestuur van de N.V. FLUXYS, in de zin van de gasrichtlijn, kunnen worden beschouwd. De CREG ontkent zeker niet dat de leden van het directiecomité deel uitmaken van de verantwoordelijken voor het bestuur van de N.V. FLUXYS, maar meent dat het verkeerd zou zijn uit het loutere bestaan van een dergelijk comité af te leiden dat er geen andere “bestuursverantwoordelijken” van de vennootschap zijn.

46. Het is dan ook essentieel vast te stellen wat de wetgever begrijpt onder “persoon verantwoordelijk voor het bestuur van de beheerder”. Deze term wordt in de gaswet, noch in de gasrichtlijn gedefinieerd. Hier dient dus te worden overgegaan tot een nuttige en redelijke interpretatie in de geest van de richtlijn, door terug te grijpen naar de interpretatienota van 16 januari 2004 van de Europese Commissie¹⁴.

Deze nota zegt het volgende: *“Les dispositions de la directive en matière de séparation de la gestion requièrent avant tout que les dirigeants de l’entreprise réseau (in het Engels : management staff) ne travaillent pas simultanément pour la société assurant la fourniture/production de l’entreprise verticalement intégrée. Cela vaut pour les cadres dirigeants (top executive management) et pour les cadres moyens. Ainsi par exemple un directeur (executive director) de l’entreprise réseau ne peut pas être simultanément directeur (executive director) de l’entreprise du même groupe qui assure la fourniture/production, et vice-versa. Il reste toutefois possible, pour un directeur (executive director) de la société mère, d’assurer des fonctions de supervision dans l’entreprise réseau, mais sans intervenir dans la gestion quotidienne”*.

Uit deze toelichting blijkt in de eerste plaats dat minstens alle hogere kaderleden en het middenkader van de N.V. FLUXYS moeten worden beschouwd als “personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur”. Deze notie gaat dus duidelijk heel wat verder dan de loutere leden van het directiecomité, in tegenstelling tot dat wat de N.V. FLUXYS lijkt aan te geven. Kan me er daarom dan vanuit gaan dat het enige criterium dat in aanmerking moet worden genomen het al dan niet behoren tot de groep van hogere kaderleden en middenkader is? Dat is weinig waarschijnlijk. Een dergelijk criterium dat uitsluitend is gebaseerd op het hiërarchische niveau binnen de organisatie, houdt geen rekening met de geest van deze bepaling. De laatste zin van de overwegingen (10) van de richtlijn zorgt voor een passende verduidelijking teneinde de wil van de wetgever te begrijpen, en dus, om deze

¹⁴ Note de la Direction Générale Energie et Transports sur les Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE relatives au Marché Intérieur de l'Électricité et du Gaz Naturel. Le régime de séparation.

bepaling correct te interpreteren: "(...) dient een niet-discriminerend besluitvormingsproces te worden gecreëerd via organisatorische maatregelen betreffende de onafhankelijkheid van de verantwoordelijken die met de besluitvorming zijn belast". De "personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur" zijn dus alle personen die binnen hun functie zelfs gerichte beslissingen moeten nemen die, wanneer ze zich niet hoeden, eventueel tot discriminatie (tussen de marktactoren) kunnen leiden. De wetgever beoogt hier iedereen die een directe invloed op de werking van de markt heeft of kan hebben en dit op korte, middellange of lange termijn.

Bijgevolg dient men naast de werknemers van de beheerder, de leden van het directiecomité en de overige hogere kaderleden – zonder dat deze opsomming exhaustief is -, ervan uit te gaan dat alle personen die contact hebben met de netgebruikers of die toegang hebben tot commercieel gevoelige informatie of die de toegangsvoorwaarden tot het net bepalen (m.a.w. de meerderheid van de werknemers van de commerciële, juridische, financiële, dispatching, regulatory diensten), evenals de personen die deelnemen aan de planning van de investeringen, "personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur" zijn, in de zin van artikel 9.2. van de gasrichtlijn, in de mate dat deze personen, via hun beslissingen, de werking op korte, middellange of lange termijn van de markt kunnen beïnvloeden. Geen van deze personen kan zelfs ondergeschikt ¹⁵, binnen de structuren van een andere dochteronderneming van de groep belast met het dagelijkse beheer van de leverings-, productie- of distributieactiviteiten een functie uitoefenen.

Om de interpretatie van de term "personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de beheerder" aan te vullen, dient nog te worden nagegaan of de bestuurders van de beheerder door deze notie worden beoogd, met name de niet-uitvoerende bestuurders, een categorie waartoe alle bestuurders van de N.V. FLUXYS behoren.

De CREG haalt het volgende voorbeeld aan dat de Europese Commissie in haar voornoemde interpretatienota gaf: "*Il reste toutefois possible, pour un directeur (executive director) de la société mère (holding), d'assurer des fonctions de supervision dans l'entreprise réseau, mais sans intervenir dans la gestion quotidienne*". In de veronderstelling

¹⁵ Zodra het begrip "personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de beheerder" verder gaat dan het loutere hogere hiërarchische niveau, is er geen reden om de interpretatie van het begrip "personen belast met het dagelijkse bestuur van de (overige activiteiten)" te beperken tot de loutere leidinggevende personen van de betrokken dochterondernemingen. Deze beschouwing vloeit overigens voort uit de eenvoudige logica: Het is weinig waarschijnlijk dat een "junior" medewerker van de beheerder binnen een andere dochteronderneming een functie met een hoge verantwoordelijkheid bekleedt. Zelfs wanneer deze persoon functies met weinig verantwoordelijkheid binnen de twee structuren bekleedt, kan hij ertoe geneigd zijn om binnen zijn functie van medewerker van de beheerder beslissingen te nemen die de andere dochteronderneming ten goede komen, zelfs informatie mee te delen.

dat een niet-uitvoerende bestuurder een “toezichtsfunctie” van de beheerder uitoefent, kan hij dus gelijktijdig een uitvoerende rol binnen de moedermaatschappij uitoefenen.

Het is essentieel te begrijpen wat de Europese Commissie met “moedermaatschappij” beoogt. Een moedermaatschappij is, zelfs indirect, of is niet belast met het dagelijks beheer van de activiteiten van haar dochterondernemingen inzake levering/productie/distributie.

Weerhouden we de eerste veronderstelling, dan zou voorgaande notie “bestuur van de beheerder” zich beperken tot het loutere dagelijkse bestuur van de beheerder, omdat ze het verbod een uitvoerende rol binnen de moedermaatschappij te vervullen beperkt tot de loutere verantwoordelijken van het dagelijkse bestuur van de beheerder (m.a.w. de personen die geen toezichtsrol vervullen). Dit zou indruisen tegen de tekst zelf van de richtlijn die een onbetwistbaar semantisch onderscheid maakt tussen het bestuur (*management*) van de beheerder enerzijds en het dagelijks bestuur (*day-to-day management*) van de overige gasactiviteiten anderzijds. Aangezien de Europese wetgever ervoor koos twee verschillende termen te gebruiken, moet men hieruit afleiden dat deze twee termen niet dezelfde begrippen beogen.

In de tweede veronderstelling komt het voornoemde voorbeeld van de interpretatienota erop neer dat de niet-uitvoerende bestuurders van de beheerders, zelfs niet indirect, kunnen worden belast met het dagelijkse beheer van de overige gasactiviteiten van de geïntegreerde onderneming.

Deze tweede veronderstelling lijkt te worden bevestigd op basis van de volgende paragraaf van de interpretatienota: “*Quant à savoir si un directeur de réseau (network director) peut travailler en même temps pour la société mère, laquelle n’intervient pas directement dans les activités de production/fourniture parce qu’il existe des entités séparées pour cela, la question doit être tranchée au cas par cas. En tout état de cause, ces doubles fonctions ne peuvent être autorisées que si la société mère ne prend pas de décisions concernant la gestion quotidienne des succursales chargées de la fourniture, de la production ou du réseau*”. Volgens deze verklaring is het waarschijnlijk dat de term “*directeur de réseau*” zowel de uitvoerende verantwoordelijken als de niet-uitvoerende bestuurders beoogt. Immers in tegenstelling tot de voorgaande paragraaf gebruikt de Commissie een ruimere term (‘director’) dan in de voorgaande paragraaf (‘*executive directors*’). Bijgevolg lijkt de Commissie te menen dat iedere verantwoordelijke van de netonderneming, al dan niet uitvoerend, geen andere functies binnen de geïntegreerde groep mag uitoefenen, dan wanneer deze andere functies hem niet doen ingrijpen in het dagelijks beheer van de leverings- of productieactiviteiten.

Deze analyse wordt ook gedeeld door C. JONES:

“The phrase « those persons responsible for the management » is not defined. It should therefore be interpreted in the light of the objectives sought by the provisions. (...) In principle, this includes all of the members of the Board of Directors of the company and will also include middle and even junior management who occupy commercially sensitive posts. (...) A Board of a holding company does not in principle deal with day-to-day issues. (...) As a consequence, Directors sitting on transmission/distribution companies may in principle also sit on the Board of the holding company, but not on the Board of a sales/generating subsidiary”¹⁶.

Er dient echter op gewezen dat de Franse termen “directeur” en “administrateur” beide door dezelfde Engelse term “director” worden vertaald. In het concrete geval van de N.V. FLUXYS is het gepast zich af te vragen of de “Board of Directors” waarnaar Jones verwijst ook moet begrepen worden als de raad van bestuur en/of het directiecomité. Volgens R. NIEUWDORP en I. VERVOORT heeft deze stelling van C. JONES zowel betrekking op het directiecomité als op de raad van bestuur:

“De richtlijnen definiëren niet duidelijk wat men moet verstaan onder “personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer”. Volgens Jones, die hiervoor verwijst naar de memoranda van de Europese Commissie, vallen zowel de leden van het directiecomité als de leden van de raad van bestuur onder deze categorie.”¹⁷

In datzelfde hoofdstuk van de interpretatienota van de Commissie komt de term “Board of Directors” tweemaal in de Engelse versie voor. In de Franse versie van deze nota wordt deze term vertaald door “conseil d’administration”, zonder dat kan worden uitgesloten dat de Europese Commissie voor alles binnen deze context het directiecomité als voornaamste uitvoerend orgaan beoogde.

Uit voorgaande blijkt dat de wetteksten noch de interpretatienota van de Commissie toelaten om met zekerheid te bepalen, of volgens welke criteria, de niet-uitvoerende bestuurders van de beheerder al dan niet moeten worden beschouwd als “personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer”. Alvorens deze vraag te beantwoorden moeten we andermaal verwijzen naar de geest van de richtlijn, met andere woorden nagaan of de niet-uitvoerende bestuurders genoodzaakt zijn om tussen te komen in beslissingen die de werking van de

¹⁶ C. W. JONES, *EU Energy Law, volume 1: The Internal Energy Market*, Claeys & Casteels, Leuven, 2004, p. 80.

¹⁷ R. NIEUWDORP, I. VERVOORT, “Corporate governance in de Energiesector”, In *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?*, T. VANDENBORRE, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, Punt 8.

markt kunnen beïnvloeden. Daartoe dient de reikwijdte van de overdracht van de bevoegdheden die door de raad van bestuur aan het directiecomité van de N.V. FLUXYS werden toevertrouwd, te worden geanalyseerd en moet worden nagegaan in welke mate de raad van bestuur een verdere rol speelt in het beheer van de vennootschap.

Uit het hoofdstuk “Opdrachten” van het reglement van inwendige orde van het directiecomité kan worden afgeleid dat dit comité over een ruime beheersautonomie beschikt, die het loutere dagelijkse beheer overtreft. Hier dient meer bepaald te worden opgemerkt dat het Directiecomité, in tegenstelling tot vóór zijn oprichting op 8 mei 2007, in het kader van het beheer of van de ontwikkeling van het vervoersnet financiële verbintenissen tot 20 miljoen euro kan aangaan . Voordien beperkte de autonomie van de afgevaardigd bestuurder, zoals voor alle overige financiële verbintenissen, zich tot een bedrag van maximum 2,5 miljoen euro. Volstaat dit om te besluiten dat de raad van bestuur niet langer genoodzaakt is tussenbeide te komen in beslissingen die de werking van de markt kunnen beïnvloeden? Tal van elementen brengen er ons toe deze vraag negatief te beantwoorden.

In de eerste plaats herinneren we eraan dat de raad van bestuur, overeenkomstig artikel 524bis van het Wetboek van vennootschappen, niet enkel toezicht dient uit te oefenen op het directiecomité maar het algemeen beleid van de vennootschap evenmin aan dit comité mag overdragen. Het Corporate Governance charter van de N.V. FLUXYS verduidelijkt meer bepaald, zonder exhaustief te zijn, dat de tarifieringsprincipes deel uitmaken van dit algemeen beleid. De raad legt overigens ook het investeringsplan vast. Deze controle die door de raad wordt uitgeoefend, is in het kader van een goede corporate governance volmaakt evenwichtig en gerechtvaardigd, maar toont ook aan dat het delegeren van bevoegdheden aan het directiecomité niet totaal is en dat de raad van bestuur in de beslissingen die een aanzienlijke impact hebben op de marktwerking een belangrijke rol blijft spelen (tarieven, investeringen).

Anderzijds kan de raad, conform datzelfde artikel 524bis de beheersbevoegdheden die aan het directiecomité werden gedelegeerd, beperken. In de veronderstelling dat kan worden beweerd dat het bestuur (in de zin van artikel 9.2.a van de richtlijn) van de N.V. FLUXYS volledig aan het directiecomité werd gedelegeerd, blijft op ieder ogenblik bijgevolg het gevaar dat deze overdracht geheel of gedeeltelijk, bij een gewone beslissing van de bestuurders wordt afgenomen. Zoals L. PELTZER en L. BIHAIN¹⁸, overigens aangeven “*le conseil d’administration reste compétent pour intervenir et prendre des décisions dans les domaines délégués au comité de direction à chaque fois qu’il l’estime opportun. Nous partageons donc*

¹⁸ L. PELTZER, L. BIHAIN, “Le Comité de direction : genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social », *J.T.T.*, 10 september 2003, p. 313 e.v.

l'avis du professeur Olivier sur ce droit d'évocation « ...si le conseil d'administration a le droit de déléguer ses pouvoirs, il a également le droit de retirer sa délégation à tout moment et, à tout le moins, dans l'ordre interne de la société, de les limiter. Ceci paraît signifier que la délégation ne priverait pas le conseil d'administration du droit de prendre certaines décisions dans le domaine de sa délégation et dans ce cas, ces décisions s'imposeraient au comité de direction (...) » ». In casu is het directiecomité van de N.V. FLUXYS er expliciet toe gehouden alle beslissingen van de raad van bestuur te respecteren, met inbegrip van de beslissingen die tot haar eigen bevoegdheden behoren, zoals blijkt uit paragraaf 1.3.2. van het reglement van inwendige orde van dit comité.

Vervolgens kan worden vastgesteld dat de N.V. FLUXYS bij de oprichting van het directiecomité geen enkele belangrijke wijziging aan het reglement van het strategisch comité heeft aangebracht. Dit orgaan was echter het orgaan via welk de raad van bestuur, in samenwerking met de CEO, haar opdracht van beheer van de vennootschap werkelijk uitoefende. De opdrachten, noch de frequentie van de bijeenkomsten van dit comité (een keer per maand) werden herzien. Diezelfde vaststellingen kunnen worden doorgetrokken voor het reglement van de raad van bestuur en de frequentie van haar bijeenkomsten. Het strategisch comité en de raad kunnen hun zelfde rol van vroeger gewoon voortzetten.

Tot slot merken we op dat de raad van bestuur het op de datum waarop het directiecomité werd opgericht, nuttig achtte de (reeds aanzienlijke ¹⁹) omvang van haar raad van bestuur van 21 naar 24 leden op te trekken. Dit wijst erop dat de raad van bestuur niet verwachtte dat haar werklust door de oprichting van het directiecomité zou afnemen, wel integendeel. De N.V. FLUXYS rechtvaardigt dit hoge aantal bestuurders in het bijzonder door “*la diversité des compétences requises pour gérer les activités régulées et non régulées de l'entreprise*”. Deze uitspraak in een brief van de voorzitter van de raad van bestuur de dato 15 juni 2007 aan de CREG, bevestigt ondubbelzinnig dat de raad van bestuur het vaste voornemen heeft om te participeren in het beheer van de vennootschap.

Op basis van al deze elementen meent de CREG dat de bestuurders van de N.V. FLUXYS moeten worden beschouwd als “personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de beheerder”. Bijgevolg mag niemand van de bestuurders “deel uitmaken van de structuren van de geïntegreerde aardgasonderneming die rechtstreeks of onrechtstreeks belast zijn voor het dagelijkse beheer van de productie-, de distributie- en leveringsactiviteiten van aardgas.”

¹⁹ Ter vergelijking: de raden van bestuur van Electrabel en Elia tellen 18, respectievelijk 12 leden

47. Uit onderzoek van de curricula vitae van de bestuurders van de N.V. FLUXYS is gebleken dat vier bestuurders deel uitmaken van de structuren van de groep Suez belast met het dagelijkse beheer van de leveringsactiviteiten, meer bepaald binnen de onderneming Electrabel.

Op basis van de voorgaande redenering mogen deze personen niet gelijktijdig een mandaat van bestuurder bij de N.V. FLUXYS bekleden en hun functies bij Electrabel uitoefenen. Deze personen zouden dus moeten kiezen tussen hun verantwoordelijkheden bij Electrabel en hun mandaat van bestuurder bij de N.V. FLUXYS.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder dan ook aan, dat geen enkel lid van haar raad van bestuur gelijktijdig deel zou uitmaken van de structuren van Electrabel of van iedere andere dochteronderneming van de groep Suez die rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoordelijk zou zijn voor het dagelijkse beheer van de productie-, distributie- of leveringsactiviteiten van aardgas.

Beslissingsautonomie van de beheerder ten opzichte van zijn aandeelhouders

48. Uit de gasrichtlijn blijkt heel duidelijk dat de wetgever de autonomie van de beheerder ten aanzien van de geïntegreerde onderneming op een heel specifiek punt, namelijk de financiële beslissingen, heeft willen beperken. Op dat punt bepaalt de richtlijn onder artikel 9.2.C heel duidelijk de respectieve rollen van de onafhankelijke beheerder en de participerende moedermaatschappij: “de (...) beheerder beschikt over effectieve bevoegdheden om onafhankelijk van het geïntegreerde gasbedrijf besluiten te nemen met betrekking tot de activa die nodig zijn voor de exploitatie, het onderhoud en de ontwikkeling van het netwerk. Dit vormt geen beletsel voor passende coördinatieregelingen die ervoor moeten zorgen dat de rechten van de moedermaatschappij op economisch toezicht en beheerstoezicht met betrekking tot het rendement van de investering in een dochtermaatschappij (...) beschermd worden. Dit houdt met name in dat de moedermaatschappij goedkeuring kan hechten aan het jaarlijks financieel plan (...) van de beheerder en globale limieten kan vaststellen betreffende de schuldenlast van haar dochtermaatschappij. Dit houdt niet in dat de moedermaatschappij instructies kan geven betreffende de dagelijkse bedrijfsvoering, noch betreffende afzonderlijke beslissingen over de aanleg of de verbetering van de transmissielijnen die niet verder gaan dan de voorwaarden van het goedgekeurd financieel plan, of elk equivalent instrument”.

In het geval van de N.V. FLUXYS gebeurt dergelijke coördinatie op het niveau van de raad van bestuur (en van het strategisch comité).

49. De moedermaatschappij die exclusief in haar hoedanigheid van aandeelhouder en niet van onderneming actief in de gasector handelt, behoudt dus belangrijke voorrechten inzake financiële keuzes (financieel plan, jaarlijks budget, balansstructuur, rendement van de activa, risiconiveaus,...). In de mate dat de beheerder de financiële keuzen van de moedermaatschappij respecteert, beschikt hij over alle vrijheid om beslissingen, meer bepaald inzake investeringen, te nemen die hij nodig acht om het net te exploiteren, te onderhouden en te ontwikkelen. Die beslissingen moeten op niet-discriminerende wijze ten aanzien van alle marktactoren worden getroffen, zonder de gasactiviteiten van de geïntegreerde onderneming waar de beheerder deel vanuit maakt voordeel te verschaffen.

50. De aanwezigheid binnen de raad van bestuur en binnen het strategisch comité van de N.V. FLUXYS van personen die functies bekleden met een verantwoordelijkheid binnen de vennootschap Electrabel die zelf actief is op de gasmarkt, vormt ook een probleem in het raam van de naleving van deze bepaling. Vermits deze personen als bestuurders van de N.V. FLUXYS beslissingen moeten nemen over meer bepaald investeringen in nieuwe infrastructuren van de vennootschap²⁰, kunnen zij in een situatie van “professioneel belangenconflict” terecht komen en ertoe gebracht worden zich voor hun keuzen te baseren op andere criteria dan de enige perspectieven van rendement en/of financiële risico's voor de N.V. FLUXYS die met deze investeringen verband houden.

De onder paragraaf 47 aangehaalde aanbeveling van de CREG is in het kader van de analyse van dit criterium van autonomie van de beheerder dus des te meer gerechtvaardigd.

MAATSCHAPPELIJK DOEL, TAALEVENWICHT EN DEELNEMINGEN

51. Artikel 15/1 van de gaswet legt de beheerder bepaalde verplichtingen op waarvan de naleving door de CREG (*ex post*) continu wordt gecontroleerd. In het raam van de procedure tot definitieve aanstelling van de beheerder is de CREG van oordeel dat het nuttig is de naleving van drie specifieke verplichtingen van dit artikel te controleren, in de mate dat zij een structureel karakter vertonen. Deze verplichtingen die betrekking hebben op het

²⁰ De limiet van 20 M€ waaronder het directiecomité alleen kan beslissen is inderdaad niet verwaarloosbaar. Deze investeringen vormen hoe dan ook het voorwerp van een *ex ante* goedkeuring door de raad in het raam van het investeringsplan. Bovendien laat dit bedrag het directiecomité niet toe om in alle autonomie te beslissen over belangrijke investeringen inzake vervoer, opslag of LNG, en dat ondanks de voorafgaande principiële goedkeuring van de raad in het kader van de financiële en investeringsplannen.

maatschappelijke doel van de beheerder, het taalevenwicht en op de aandelen binnen de vennootschappen, worden hierna onderzocht.

HET MAATSCHAPPELIJK DOEL VAN DE BEHEERDER

52. Artikel 15/1, §1, 8°, van de gaswet bepaalt dat de beheerders “zich moeten onthouden van activiteiten van productie of verkoop van aardgas of van bemiddeling inzake aardgas andere dan de verkopen of aankopen die genoodzaakt zijn door hun activiteiten om het evenwicht te verzekeren als beheerder (...), overeenkomstig de gedragscode.

De CREG stelt vast dat het maatschappelijke doel van de N.V. FLUXYS, bepaald onder artikel 4 van haar statuten, haar het recht verleent, gas van om het even welke soort in iedere vorm, van elke aard en herkomst te kopen, te verkopen of te produceren, terwijl het de beheerders bij wet verboden is dergelijke activiteiten te verrichten.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder dan ook aan om de definitie van het maatschappelijke doel van de vennootschap in haar statuten te wijzigen en verenigbaar te maken met artikel 15/1, §1, 8° van de gaswet.

TAALEVENWICHT

53. Artikel 15/1, §1, 10° vraagt de beheerders “erop toe te zien om een taalevenwicht te bereiken en te behouden bij de hernieuwing van de mandaten van de leden van de raad van bestuur en van het directiecomité.”

De CREG veronderstelt dat de wetgever zich ervan heeft willen verzekeren dat er binnen de twee beheersorganen geleidelijk een taalevenwicht tussen de Franstaligen en Nederlandstaligen wordt bereikt, zonder evenwel te eisen dat dit evenwicht bij de inwerkingtreding van de wet wordt bereikt (en meer bepaald van artikel 20 van de wet van 1 juni 2005). De CREG meent overigens dat deze bepaling geen perfecte gelijkheid op linguïstisch gebied binnen deze organen nastreeft, maar veeleer een manifest verstoord evenwicht heeft willen beletten. Dit impliceert dat de lopende mandaten verder kunnen worden uitgeoefend en dat een manifest verstoord evenwicht binnen deze organen bij de hernieuwing van de bestaande mandaten en uiterlijk wanneer de huidige mandaten verstrijken wordt verhinderd. De naleving van dit criterium moet bijgevolg niet binnen het

raam van de procedure tot aanstelling van de beheerders worden gecontroleerd.

DEELNEMINGEN IN VENNOOTSCHAPPEN

54. Artikel 15/1, §2, van de gaswet bepaalt dat de beheerder “rechtstreeks noch onrechtstreeks aan aandelen verbonden rechten mag hebben in ondernemingen voor de exploratie, de productie of de levering van aardgas of voor bemiddeling inzake aardgas”.

De CREG stelt vast dat het maatschappelijke doel van de N.V. FLUXYS, bepaald onder artikel 4 van haar statuten, haar het recht verleent vennootschappen op te richten of aandelen te verwerven in vennootschappen die geheel of gedeeltelijk een gelijkaardig doel nastreven. Zoals onder paragraaf 52 van voorliggend advies reeds aangetoond, verleent het maatschappelijk doel gedefinieerd onder artikel 4 van de statuten van de N.V. FLUXYS haar het recht, gas van om het even welke soort in iedere vorm, van elke aard en herkomst te kopen, te verkopen of te produceren.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder dan ook aan om de definitie van het maatschappelijke doel van de vennootschap in haar statuten te wijzigen en verenigbaar te maken met artikel 15/1, §2, van de gaswet.

55. Voor het overige beweert de N.V. FLUXYS, uitgaande van documenten die door haar werden overgemaakt, rechtstreekse of onrechtstreekse deelnemingen in 14 vennootschappen te bezitten. Zij verduidelijkt ook dat “*aucune (de ces) sociétés ne se livre à des activités d’exploration, de production, de fourniture ou d’intermédiation de gaz naturel*”. Wat deze laatste activiteit betreft en aangezien de gaswet de term “bemiddeling inzake aardgas” niet definieert, geeft de N.V. FLUXYS aan deze term te interpreteren in de zin van “*courtage, services de clearing non inclus*”. De CREG is van oordeel dat dit een redelijke interpretatie is.

En toch meent de CREG dat de naleving van artikel 15/1, §2, van de gaswet niet enkel impliceert dat de betreffende ondernemingen zich niet inlaten met dergelijke activiteiten, maar dat zij evenmin, zelfs bijkomend of gericht, over deze mogelijkheid zouden beschikken. Dat betekent in principe dat het maatschappelijke doel van deze vennootschappen hen niet mag toelaten dergelijke activiteiten aan te vatten. Immers in het tegengestelde geval belet niets deze ondernemingen om zich in te laten met een van de activiteiten die door artikel 15/1, §2 worden verboden, waardoor de beheerder onmiddellijk in een wederrechtelijke situatie zou terechtkomen. Deze redenering is met name van toepassing op de

vennootschappen waarop de beheerder geen controlebevoegdheid heeft.

Na kennis te hebben genomen van de vennootschappen waarin de N.V. FLUXYS een rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming bezit²¹, stelt de CREG vast dat enkel de aandelen in de N.V. TRANSFIN en de CVA DISTRIGAS&C° ten aanzien van het voornoemde artikel van de gaswet een heus probleem stellen.

Het voornaamste doel van deze twee vennootschappen is “algemeen, de uitvoering, de verwezenlijking, de financiering en de technische en commerciële exploitatie van projecten betreffende de industrie van het aardgas in België of in het buitenland – onder al dan niet-vloeibare vorm, en alles wat betrekking heeft op het voorgaande in de ruimste zin, of dit kan bevoordelen”. Een dergelijk doel staat de vennootschappen ongetwijfeld toe om te participeren in exploratie- en productieprojecten.

De statuten van de N.V. TRANSFIN verlenen de vennootschap daarenboven de toestemming om leverings- en bemiddelingsactiviteiten te verrichten, vermits zij ook tot doel heeft “deelnemingen te nemen in iedere onderneming die belang stelt in de energiehandel”.

Aangezien de N.V. FLUXYS slechts een minieme deelneming (0,2%) bezit in de N.V. TRANSFIN, en dus in haar dochteronderneming DISTRIGAS&C° (à rato van 98%) kan niet worden gesteld dat deze deelneming, zelfs potentieel, een probleem voor de marktwerking stelt. De beheerders moeten de gaswet in principe nauwgezet naleven. Ten aanzien van de naleving van artikel 15/1, §2, van de gaswet kan geen uitzondering worden toegelaten.

De CREG beveelt de minister bij de eventuele aanstelling van de N.V. FLUXYS tot beheerder dan ook aan dat deze laatste alle noodzakelijke maatregelen treft om te verzekeren dat geen enkele vennootschap waarin zij rechtstreekse of onrechtstreekse deelnemingen bezit, zich kan inlaten met een van de activiteiten vermeld onder artikel 15/1, §2, van de gaswet.

VERBINTENISSEN-/NALEVINGSPROGRAMMA

56. Artikel 15/5*undecies*, §1, 10°, van de gaswet bepaalt dat de Koning een gedragscode vaststelt die meer in het bijzonder “de maatregelen bepaalt die in het verbintenissenprogramma moeten worden opgenomen om te waarborgen dat ieder

²¹ Met uitzondering van de BBL Company, die een feitelijke vereniging is die geen statuten heeft, maar waarvan het algemeen geweten is dat haar enige doel bestaat in de constructie en de exploitatie van de onderzeese BBL leiding

discriminerend gedrag is uitgesloten en om te voorzien in een adequaat toezicht op de naleving ervan. Het programma somt de specifieke verplichtingen op die aan de werknemers met het oog op het bereiken van dit doel worden opgelegd. De persoon of het organisme belast met de opvolging van het verbintenissenprogramma moet jaarlijks een rapport aan de Commissie voorleggen waarin de maatregelen worden beschreven. Dit rapport is gepubliceerd”.

Deze bepaling werd ingevoerd door de wet van 1 juni 2005 en zet haast letterlijk artikel 9, 2.d, van de gasrichtlijn om (de vroegere gasrichtlijn voorzag het bestaan van een dergelijk verbintenissenprogramma niet). De huidig geldende gedragscode werd in uitvoering van artikel 15/5, §3, van de gaswet van 2001 ingevoerd, en werd na de goedkeuring van de wet van 1 juni 2005 niet gewijzigd.

De huidige gedragscode bepaalt in haar artikel 42, §1 dat de vervoersonderneming “een actief intern en extern beleid van niet-discriminering en transparantie voert. De transportonderneming stelt daartoe een nalevingsprogramma op dat de interne en externe beleidsregels ter verwezenlijking van bovenvermelde doelstelling bevat”. De paragrafen 2 en 3 van ditzelfde artikel lichten de inhoud van dit nalevingsprogramma toe:

“§2. De interne beleidsregels bevatten inzonderheid:

- 1° de procedures die de werknemers van de vervoersonderneming moeten respecteren in hun contacten met de netgebruikers;
- 2° het huishoudelijk reglement, opgesteld in uitvoering van artikel 39;
- 3° de regels inzake de behandeling van vragen en dossiers van netgebruikers.

De interne regels kunnen verschillen naargelang de categorie van werknemers waarop ze betrekking hebben.

§3. De externe beleidsregels bevatten de principes van niet-discriminatie en transparantie die de vervoersonderneming toepast in haar relaties met leveranciers, aannemers en onderaannemers, andere dienstenverstrekkers en netgebruikers”.

57. Uitgaande van de informatie die de N.V. FLUXYS overhandigde, meent de CREG dat deze de regels van het nalevingsprogramma respecteert.

CONCLUSIE

Rekening houdend met het voorgaande:

- kan de CREG de minister geen gunstig advies geven over de aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van de LNG-installatie, om de redenen vermeld onder de paragrafen 14 tot 17 van voorliggend advies;


- geeft de CREG de minister een gunstig advies over de aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van de aardgasopslaginstallatie, onder de volgende voorwaarden:
 - de aanpassing door de N.V. FLUXYS van haar Corporate Government Charter zodat enkel de onafhankelijke bestuurders in de zin van de gaswet in het kader van de implementatie van artikel 524 van het Wetboek van de vennootschappen als onafhankelijk kunnen worden beschouwd;
 - dat de raad van bestuur van de N.V. FLUXYS de duur van de opdracht van de reeds benoemde leden van het directiecomité toelicht en het reglement van inwendige orde van dit comité in die zin aanpast;
 - de wijziging door de N.V. FLUXYS van artikel 5 van het reglement van inwendige orde van het directiecomité zodat dit volledig conform is aan artikel 524ter van het Wetboek van de vennootschappen;
 - het verbod op te leggen aan de leden van de raad van bestuur van de N.V. FLUXYS om gelijktijdig deel uit te maken van de structuren van Electrabel of van iedere andere dochteronderneming van de groep Suez die rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoordelijk zou zijn voor het dagelijkse beheer van de productie-, distributie- of leveringsactiviteiten van aardgas;
 - de wijziging door de N.V. FLUXYS in haar statuten van de definitie van het maatschappelijke doel om die verenigbaar te maken met artikel

15/1, §1, 8° en artikel 15/1, §2 van de gaswet;

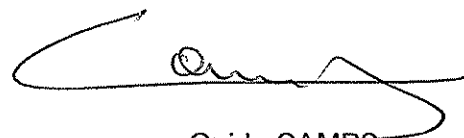
- de doorvoering van maatregelen met als doel te verzekeren dat geen enkele vennootschap waarin de N.V. FLUXYS rechtstreekse of onrechtstreekse deelnemingen bezit, zich kan inlaten met een van de activiteiten vermeld onder artikel 15/1, §2, van de gaswet;
- geeft de CREG de minister een gunstig advies over de aanstelling van de N.V. FLUXYS voor de functie van beheerder van het aardgasvervoersnet, volgens dezelfde voorwaarden als opgelegd aan haar aanstelling voor de functie van beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en mits de volgende bijkomende voorwaarden:
- de overname door de N.V. FLUXYS van al haar activiteiten verbonden met het beheer van de Troll, rTr en SEGEO leidingen;
 - de overdracht aan de N.V. FLUXYS van het gedeelte "exploitatie" van alle vergunningen voor het vervoer van aardgas die in het bezit zijn van haar eindafnemers.

XXXX

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



Dominique WOITRIN
Directeur



Guido CAMPS
Wvd. Voorzitter van het Directiecomité