



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.292/3
van 4 mei 2023

avis 73.292/3
du 4 mai 2023

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt'

un avant-projet de loi
'modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l'organisation du marché de
l'électricité'

Op 20 maart 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 april 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Yves DEPOORTER, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 mei 2023.

*

Le 20 mars 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 18 avril 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Toon MOONEN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Yves DEPOORTER, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 mai 2023.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voorliggende voorontwerp van wet brengt wijzigingen aan in de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ met betrekking tot de *corporate governance* en de ontvlechtigingsvereisten van de vennootschap die als transmissienetbeheerder is aangewezen. De ontworpen wijzigingen van de wet van 29 april 1999 hebben de volgende doelstellingen:

1. het evenredigheidsbeginsel in acht nemen bij de beoordeling van de criteria voor de ontvlechting van de netbeheerder;
2. een toenadering tussen de aandeelhouders van Elia en Fluxys mogelijk maken om investeringen in de energietransitie te vergemakkelijken;
3. maximaal 50% van de onafhankelijke bestuurders laten zetelen in zowel de nv Elia Group als in de nv Elia Transmission Belgium;
4. de bestuurders en de leden van het college van dagelijks bestuur verbieden om via een managementvennootschap te zetelen, gelet op de opdracht van openbare dienst en van algemeen belang van de netbeheerder;
5. de wet van 29 april 1999 aanpassen aan het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna: WVV).

Artikel 2 van het voorontwerp wijzigt daartoe een aantal definities in artikel 2 van de wet van 29 april 1999, namelijk “verbonden onderneming”, “dochteronderneming” en “onafhankelijke bestuurder” en voegt een nieuw onderdeel 20^oter in met een definitie van “dominerende aandeelhouder”.

Artikel 3 van het voorontwerp wijzigt artikel 9 van de wet van 29 april 1999. Door een wijziging van paragraaf 1, eerste lid, wordt de netbeheerder voortaan uitdrukkelijk beschouwd als een genoteerde vennootschap (artikel 3, 1^o). Het derde tot zevende lid van paragraaf 1, met de ontvlechtigingsregels, worden opgeheven (artikel 3, 2^o). In de plaats ervan komt een nieuwe paragraaf 1/1 met voorwaarden waaraan de netbeheerder moet voldoen om belangenconflicten te vermijden, zij het dat de toepassing ervan “proportioneel” moet worden beoordeeld door de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) (artikel 3, 3^o). Artikel 3, 4^o, vervangt paragraaf 2, eerste lid, teneinde enerzijds toe te voegen dat de bestuurders

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

in beginsel² alleen als natuurlijke persoon kunnen worden benoemd en aldus hun mandaat uitoefenen, wat een verbod op managementvennootschappen impliceert, en anderzijds op te leggen dat minstens een onafhankelijke bestuurder geen functie of activiteit mag uitoefenen in dienst van de vennootschap die op maximaal twee na alle aandelen van de netbeheerder bezit.³ Artikel 3, 5°, vervangt in paragraaf 4 de term “directiecomité” – die niet langer voorkomt in het WVV – door de term “college van dagelijks bestuur”. Artikel 3, 6°, vervangt paragraaf 5, 2°, en vereist goedkeuring van het corporate governance comité bij de aanstelling en het ontslag van de leden van het college van dagelijks bestuur. Artikel 3, 7°, vervangt paragraaf 5, 3°, om ook die bepaling over belangenconflicten aan te passen aan het WVV. Artikel 3, 8°, vult paragraaf 5, 5°, aan met een zin die vereist dat het verslag aan de CREG onder meer moet aangeven of er vaststellingen werden gedaan over belangenconflicten. Artikel 3, 9°, past paragraaf 6 aan het WVV aan. Artikel 3, 10°, vult paragraaf 6 aan met een nieuw tweede lid over de vereiste expertise van de leden van het college van dagelijks bestuur. Artikel 3, 11°, strekt tot de vervanging van paragraaf 7, over de benoeming en het ontslag van het college van dagelijks bestuur, met inbegrip van de voorzitter en vicevoorzitter ervan. Artikel 3, 12°, past paragraaf 8 aan het WVV aan. Artikel 3, 13° en 14°, doen hetzelfde voor de paragrafen 9 en 10.

Artikel 4 van het voorontwerp vervangt in artikel 9bis van de wet van 29 april 1999 de verwijzingen naar het directiecomité door verwijzingen naar het college van dagelijks bestuur.

Artikel 5, 1°, van het voorontwerp doet hetzelfde in artikel 9ter, eerste lid, van de wet van 29 april 1999. Artikel 5, 2°, beoogt een kruisverwijzing in artikel 9ter, eerste lid, 4°, van dezelfde wet te corrigeren.

Artikel 6 van het voorontwerp vervangt artikel 10, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 29 april 1999, zodat zowel een significante wijziging van het aandeelhouderschap van de netbeheerder zelf als van de vennootschap die op maximaal twee na alle aandelen van de netbeheerder bezit, tot herroeping van de aanstelling van de netbeheerder kan leiden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

3. Het verdient aanbeveling om het opschrift aan te vullen met de woorden “met betrekking tot de netbeheerder”, om het onderscheid te maken met het voorontwerp van wet met een identiek opschrift waarover de Raad van State op 28 april 2023 advies 73.304/3 heeft gegeven.

² Tenzij het gaat om een rechtspersoon die rechtstreeks of onrechtstreeks meer dan 1 % van de aandelen van de netbeheerder heeft en waaraan de vaste vertegenwoordiger van die rechtspersoon zijn vergoeding overdraagt.

³ Concreet betekent dit dat minstens een van de onafhankelijke bestuurders van de nv Elia Transmission Belgium niet terzelfdertijd betrokken mag zijn bij de nv Elia Group, wat *a contrario* betekent dat de andere bestuurders dat dus wel mogen zijn.

Artikel 3

4. In de Nederlandse tekst van de eerste zin van het ontworpen artikel 9, § 1/1, eerste lid, 2°, van de wet van 29 april 1999 (artikel 3, 3°, van het voorontwerp) moeten de woorden “van productie of levering” worden ingevoegd tussen de woorden “functies” en “van elektriciteit”.

5. Het ontworpen artikel 9, § 1/1, tweede lid, van de wet van 29 april 1999 bepaalt dat de naleving van de ontworpen paragraaf 1/1 door de CREG “proportioneel beoordeeld [wordt]: zo moet onder meer steeds worden nagegaan of het gegeven dat de in deze paragraaf geviseerde situaties effectief een reëel probleem stellen in het licht van de in het eerste lid van deze paragraaf 1/1 geformuleerde doelstellingen”.

Het is van tweeën één. Ofwel komt die bepaling neer op een versoepeling van de ontvlechtigingsvoorwaarden zoals die zijn bepaald in artikel 43 van richtlijn (EU) 2019/944,⁴ maar in dat geval is de bepaling strijdig met die richtlijn bepaling⁵ en moet ze worden weggelaten. Ofwel is “proportionele beoordeling” niet meer dan de uitdrukking van het algemene rechtsbeginsel van Unierecht dat vereist dat rechtshandelingen niet verder gaan dan wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel,⁶ maar dan is het een overbodige herhaling van dat beginsel die eveneens moet worden weggelaten.

In de memorie van toelichting wordt ter zake weliswaar verwezen naar de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake ontvlechting, die zijn uitgewerkt in een werkdocument van de Europese Commissie⁷, waarin dit evenredigheidsbeginsel wordt uitgelegd en concrete voorbeelden worden gegeven van de toepassing ervan. Nog afgezien van het gegeven dat in dat document niet wordt gealludeerd op een algemene afwijkingsmogelijkheid van de ontvlechtigingsvereisten zoals de ontworpen bepaling die lijkt toe te laten, gaat het om richtsnoeren bij de beoordeling van de toepassing *in concreto* van de (omgezette) richtlijn bepalingen die geen rechtsregels vormen en die niet behoren te worden omgezet alsof het gaat om rechtsregels die verbindend zijn voor de CREG.

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

⁵ Overigens zijn de nieuw ontworpen ontvlechtigingsvoorwaarden minder streng wat betreft de banden met aardgasondernemingen, in die zin dat het niet langer is uitgesloten dat dezelfde personen banden hebben met een onderneming die instaat voor het vervoer van aardgas, zodat samenwerking tussen Elia en Fluxys mogelijk wordt gemaakt. Die mogelijkheid gaat niet in tegen artikel 43, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/944, ook niet gelezen in samenhang met lid 3 van dat artikel, dat immers enkel uitsluit dat leveranciers of producenten van aardgas zeggenschap hebben over een netbeheerder of de netbeheerder over die leveranciers of producenten, terwijl zeggenschap tussen transmissienetbeheerders onderling niet wordt uitgesloten.

⁶ HvJ 22 januari 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 50.

⁷ *Commission staff working document - Ownership unbundling - The commission's practice in assessing the presence of a conflict of interest including in case of financial investors*, 8 mei 2013, SWD(2013) 177 final, 4-5.

Artikel 5

6. De wijziging die artikel 5, 2°, van het voorontwerp beoogt door te voeren in artikel 9^{ter}⁸ van de wet van 29 april 1999, werd reeds doorgevoerd bij artikel 10, 1°, van de wet van 23 oktober 2022 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en tot omzetting van de Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’, zodat die bepaling moet worden weggelaten uit het voorontwerp.

*

⁸ Overigens wordt in de inleidende zin van artikel 5 van het voorontwerp ten onrechte naar het eerste lid van artikel 9^{ter} verwezen, dat immers slechts één lid telt.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi à l'examen apporte des modifications à la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' concernant la gouvernance d'entreprise et les exigences de dissociation de la société désignée comme gestionnaire de réseau de transport. Les modifications en projet de la loi du 29 avril 1999 poursuivent les objectifs suivants :

1. cadrer le principe de proportionnalité dans l'évaluation des critères de dissociation du gestionnaire de réseau ;
2. permettre le rapprochement entre les actionnaires d'Elia et de Fluxys pour faciliter les investissements dans la transition énergétique ;
3. permettre à maximum 50% des administrateurs indépendants de siéger à la fois en Elia Group et Elia Transmission Belgium ;
4. interdire aux administrateurs et aux membres du collège de gestion journalière de siéger via une société de gestion vu la mission de service public et d'intérêt général portée par le gestionnaire de réseau ;
5. adapter la loi du 29 avril 1999 au Code des sociétés et des associations (ci-après : « CSA »).

À cette fin, l'article 2 de l'avant-projet modifie un certain nombre de définitions de l'article 2 de la loi du 29 avril 1999, à savoir « entreprise liée », « filiale » et « administrateur indépendant » et insère un 20^oter nouveau définissant l'« actionnaire dominant ».

L'article 3 de l'avant-projet modifie l'article 9 de la loi du 29 avril 1999. Consécutivement à une modification du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, le gestionnaire de réseau est désormais expressément considéré comme une société cotée (article 3, 1^o). Les troisième, quatrième, cinquième, sixième et septième alinéas du paragraphe 1^{er}, contenant les règles de dissociation, sont abrogés (article 3, 2^o). Ils sont remplacés par un nouveau paragraphe 1/1 énonçant les conditions auxquelles doit satisfaire le gestionnaire de réseau pour prévenir les conflits d'intérêts, mais dont l'application doit être évaluée « proportionnellement » par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) (article 3, 3^o). L'article 3, 4^o, remplace le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, afin d'ajouter, d'une part, qu'en principe les administrateurs ² ne peuvent être désignés qu'en tant que personne physique et exercer ainsi leur mandat, ce qui implique une

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² Sauf s'il s'agit d'une personne morale qui détient directement ou indirectement plus de 1% des parts du gestionnaire de réseau et à laquelle le représentant permanent de cette personne morale transfère sa rémunération.

interdiction des sociétés de gestion, et d'imposer, d'autre part, qu'au moins un administrateur indépendant ne peut exercer de fonction ou d'activité au service de la société qui détient toutes les actions du gestionnaire de réseau sauf maximum deux³. L'article 3, 5°, remplace au paragraphe 4 le terme « comité de direction » – qui ne figure plus dans le CSA – par le terme « collège de gestion journalière ». L'article 3, 6°, remplace le paragraphe 5, 2°, et requiert l'approbation du comité de gouvernance d'entreprise lors de la nomination et de la révocation des membres du collège de gestion journalière. L'article 3, 7°, remplace le paragraphe 5, 3°, pour également adapter cette disposition concernant les conflits d'intérêts au CSA. L'article 3, 8°, complète le paragraphe 5, 5°, par une phrase qui requiert que le rapport à la CREG indique, entre autres, s'il a été procédé à des constats concernant l'existence de conflits d'intérêts. L'article 3, 9°, adapte le paragraphe 6 au CSA. L'article 3, 10°, complète le paragraphe 6 par un deuxième alinéa nouveau portant sur l'expertise exigée des membres du collège de gestion journalière. L'article 3, 11°, a pour objet de remplacer le paragraphe 7 relatif à la nomination et à la révocation du collège de gestion journalière, y compris de son président et de son vice-président. L'article 3, 12°, adapte le paragraphe 8 au CSA. L'article 3, 13° et 14°, procède pareillement pour les paragraphes 9 et 10.

L'article 4 de l'avant-projet remplace les références au comité de direction inscrites à l'article 9bis de la loi du 29 avril 1999 par des références au collège de gestion journalière.

L'article 5, 1°, de l'avant-projet fait de même à l'article 9ter, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999. L'article 5, 2°, vise à corriger une référence croisée à l'article 9ter, alinéa 1^{er}, 4°, de cette même loi.

L'article 6 de l'avant-projet remplace l'article 10, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, de la loi du 29 avril 1999, de sorte que tant une modification significative de l'actionnariat du gestionnaire de réseau lui-même que de la société détenant toutes les actions du gestionnaire de réseau à l'exception de deux actions au maximum, est susceptible d'entraîner la révocation de la nomination du gestionnaire de réseau.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

3. Il est recommandé de compléter l'intitulé par les mots « en ce qui concerne le gestionnaire de réseau » afin de le distinguer de l'avant-projet de loi à l'intitulé identique sur lequel le Conseil d'État a donné l'avis 73.304/3 le 28 avril 2023.

³ Concrètement, cela signifie qu'au moins l'un des administrateurs indépendants de Elia Transmission Belgium SA ne peut pas être associé en même temps à Elia Group SA, ce qui signifie *a contrario* que les autres administrateurs peuvent bel et bien l'être.

Article 3

4. Dans le texte néerlandais de la première phrase de l'article 9, § 1/1, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de la loi du 29 avril 1999 (article 3, 3°, de l'avant-projet), les mots « van productie of levering » sont insérés entre les mots « functies » et « van elektriciteit ».

5. L'article 9, § 1/1, alinéa 2, en projet, de la loi du 29 avril 1999 dispose que le respect du paragraphe 1/1, en projet, est « évalué proportionnellement » par la CREG : « il faut donc entre autres toujours vérifier si les situations visées au présent paragraphe posent effectivement un problème réel au regard des objectifs formulés au premier alinéa de ce paragraphe 1/1 ».

De deux choses l'une : soit cette disposition assouplit les conditions de dissociation prévues à l'article 43 de la directive (UE) 2019/944⁴ auquel cas elle est contraire à la disposition de la directive⁵ et devra être omise, soit l'« évaluation proportionnelle » n'est rien de plus que l'expression du principe général du droit de l'Union qui exige que les actes ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés⁶ mais alors il s'agit d'une répétition superflue de ce principe qui doit elle aussi être omise.

L'exposé des motifs renvoie, il est vrai, à cet égard, aux lignes directrices de la Commission européenne en matière de dissociation, développées dans un document de travail de ladite Commission⁷, exposant ce principe de proportionnalité et illustrant son application par des exemples concrets. Outre le fait que ce document n'évoque pas une possibilité générale de dérogation aux exigences de dissociation comme semble le permettre la disposition en projet, il s'agit de lignes directrices en vue d'évaluer l'application *in concreto* des dispositions (transposées) de la directive qui ne constituent pas des règles de droit et qu'il n'y a pas lieu de transposer comme s'il s'agissait de règles de droit contraignantes pour la CREG.

⁴ Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE'.

⁵ D'ailleurs, les nouvelles conditions de dissociation en projet sont moins strictes en ce qui concerne les liens avec les entreprises de gaz naturel en ce sens qu'il n'est plus exclu que les mêmes personnes aient des liens avec une entreprise chargée du transport de gaz naturel, rendant ainsi possible une coopération entre Elia et Fluxys. Cette possibilité n'est pas contraire à l'article 43, paragraphe 1, de la directive (UE) 2019/944, même en combinaison avec le paragraphe 3 de cet article, qui exclut en effet uniquement le contrôle des fournisseurs ou des producteurs de gaz naturel sur un gestionnaire de réseau ou du gestionnaire de réseau sur ces fournisseurs ou producteurs, alors qu'un contrôle entre gestionnaires de réseau de transport n'est pas exclu.

⁶ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, point 50.

⁷ *Commission staff working document - Ownership unbundling - The commission's practice in assessing the presence of a conflict of interest including in case of financial investors*, 8 mai 2013, SWD(2013) 177 final, 4-5.

Article 5

6. La modification que l'article 5, 2°, de l'avant-projet vise à apporter à l'article 9^{ter} ⁸ de la loi du 29 avril 1999, a déjà été apportée par l'article 10, 1°, de la loi du 23 octobre 2022 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et portant transposition de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE', de sorte que cette disposition doit être omise de l'avant-projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Yves DEPOORTER

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

⁸ Par ailleurs, la phrase liminaire de l'article 5 de l'avant-projet vise erronément l'alinéa 1^{er} de l'article 9^{ter}, qui ne comporte en effet qu'un seul alinéa.