

KONINKRIJK BELGIE

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantie-kamer, op 3 augustus 2000 door de Staatssecretaris voor Energie en Duurzame Ontwikkeling verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 betreffende het beheer van het nationaal transmissienet voor elektriciteit", heeft op 4 augustus 2000 het volgende advies gegeven :

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement durable, le 3 août 2000, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité", a donné le 4 août 2000 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

Te dezen wordt het verzoek om spoedbehandeling verantwoord door het feit "dat (het ontworpen) besluit een voorafgaande basisvoorwaarde vertegenwoordigt voor de aanstelling van een netbeheer van het nationaal transmissienet voor elektriciteit zoals voorzien door voornoemde wet van 29 april 1999 die de omzetting in Belgisch recht beoogt van de Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996; dat op dit vlak dient vastgesteld te worden dat het, zonder netbeheerder, onmogelijk is de transmissietarieven vast te stellen overeenkomstig artikel 12, § 1 van voornoemde wet van 29 april 1999; dat het onmogelijk is het technisch reglement, voorzien in artikel 11 van voornoemde wet van 29 april 1999 op te stellen; dat het onmogelijk is om een ontwikkelingsplan van het transmissienet, overeenkomstig artikel 13, § 1 van voornoemde wet van 29 april 1999, op te stellen; dat het belangrijk is om de effectieve onafhankelijkheid van de netbeheerder van het nationaal transmissienet te garanderen, overeenkomstig artikel 9, § 2 van de voornoemde wet van 29 april 1999; dat het van belang is om de schade aan de competitiviteit van de Belgische ondernemingen te vermijden door zo snel mogelijk een netbeheerder aan te duiden".

*

* *

.../...

Gelet op de korte termijn die hem voor het geven van zijn advies wordt toegemeten, heeft de Raad van State zich moeten beperken tot het maken van de hiernavolgende opmerkingen.

*

* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

Artikel 8 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt bepaalt dat het beheer van het transmissienet wordt waargenomen door één enkele beheerder. Volgens artikel 9, § 1, moet de netbeheerder zijn opgericht onder de vorm van een handelsvennootschap, met maatschappelijke zetel en hoofdbestuur in een lidstaat van de Europese Unie. Artikel 9, § 2, draagt aan de Koning op om, bij een in Ministerraad overlegd besluit, "de maatregelen (te bepalen) die moeten worden genomen om de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het beheer van het transmissienet te waarborgen", onder meer op het vlak van de samenstelling en de werking van de bestuursorganen van de netbeheerder, en met het oog op het verzekeren van de bestuursautonomie volgens de beste praktijken van deugdelijk vennootschapsbestuur. Artikel 10, § 1, bepaalt dat de netbeheerder wordt aangewezen door de minister bevoegd voor energie.

Ter uitvoering van het voornoemde artikel 9, § 2, is op 3 mei 1999 een koninklijk besluit genomen,

.../...

"betreffende het beheer van het nationaal transmissienet voor elektriciteit". Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe het koninklijk besluit van 3 mei 1999 op een aantal punten te wijzigen.

Die wijzigingen komen in essentie hierop neer :

- het minimumaantal onafhankelijke bestuurders wordt verhoogd van "ten minste een derde" tot "ten minste de helft"; bovendien wordt bepaald dat de onafhankelijke bestuurders slechts benoemd kunnen worden na eensluidend advies van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit (artikel 1 van het ontwerp; ontworpen artikel 3, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 3 mei 1999);
- het corporate governance-comité, opgericht in de schoot van de raad van bestuur, moet niet meer "in meerderheid", maar "uitsluitend" samengesteld zijn uit onafhankelijke bestuurders (artikel 2 van het ontwerp; ontworpen artikel 5, inleidende zin);
- de leden van het directiecomité, waaraan het beheer van het transmissienet moet worden toevertrouwd, kunnen slechts benoemd en ontslagen worden op eensluidend advies van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit; er wordt gepreciseerd dat die leden gekozen worden "omwille van hun bekwaamheid, hun ervaring en hun onafhankelijkheid" (artikel 3 van het ontwerp; ontworpen artikel 9);

.../...

- aan het vergoedingscomité, opgericht in de schoot van de raad van bestuur, wordt de bevoegdheid opgedragen om te bepalen in welke mate de leden van het directiecomité (volgens de Nederlandse tekst : de leden van raad van bestuur) en het personeel "kunnen betrokken worden in de resultaten" van een producent, een van de neteigenaars, een distributeur, een tussenpersoon of een dominerende aandeelhouder (artikel 4 van het ontwerp; ontworpen artikel 10);
- de commissarissen-revisoren kunnen slechts benoemd en ontslagen worden op eensluidend advies van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit (artikel 5 van het ontwerp; ontworpen artikel 11);
- de beheerder van het transmissienet, zijn dominerende aandeelhouders en de Commissie voor de regulering van de elektriciteit moeten een protocol opstellen, met het oog op de materiële uitvoering van de bepalingen van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 (artikel 6 van het ontwerp; ontworpen artikel 12).

RECHTSGROND

1. De ontworpen wijzigende bepalingen worden, zoals de oorspronkelijke bepalingen van het koninklijk besluit van 3 mei 1999, genomen ter uitvoering van artikel 9, § 2, van de wet van 29 april 1999. Die wetsbepaling luidt als volgt :

.../...

"Bij een Ministerraad overlegd besluit, na advies van de (Commissie voor de regulering van de elektriciteit) en overleg met de neteigenaars, bepaalt de Koning de maatregelen die moeten worden genomen om de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het beheer van het transmissienet te waarborgen en inzonderheid :

- 1° de regels betreffende de samenstelling en de werking van de bestuursorganen van de netbeheerder die beogen te vermijden dat producenten, distributeurs, tussenpersonen of neteigenaars, alleen of in onderling overleg, een aanzienlijke invloed kunnen uitoefenen op het beheer van het transmissienet;
- 2° andere maatregelen met het oog op bestuursautonomie volgens de beste praktijken van deugdelijk vennootschapsbestuur;
- 3° de vereisten inzake onafhankelijkheid van het personeel van de netbeheerder ten aanzien van de producenten, distributeurs, tussenpersonen en neteigenaars, inzonderheid vanuit financieel oogpunt;
- 4° - 6° (...)".

2. De bevoegdheid van de Koning blijkt in dit geval een doelgebonden bevoegdheid te zijn. In het algemeen moeten de door hem genomen maatregelen strekken tot het waarborgen van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het beheer van het transmissienet. Met betrekking tot bepaalde soorten maatregelen geeft de wetgever voorts zelf aan hoe die doelstelling concreet opgevat kan worden : wanneer het gaat om de samenstelling en de werking van de bestuursorganen, kan het inzonderheid gaan om regels die beogen te vermijden dat bepaalde belanghebbende ondernemingen een "aanzienlijke invloed" zouden uitoefenen (1°); wanneer het gaat om andere maatregelen in verband met het beheer, kunnen

.../...

die inzonderheid erop gericht zijn de bestuursautonomie te verzekeren, volgens de "beste praktijken van deugelijk vennootschapsbestuur" ("corporate governance") (2°); wanneer het gaat om maatregelen in verband met het personeel van de netbeheerder, kunnen die inzonderheid gericht zijn op het verzekeren van hun onafhankelijkheid onder meer vanuit financieel oogpunt, ten aanzien van belanghebbende ondernemingen (3°).

Opdat de ontworpen bepalingen een rechtsgrond zouden vinden in artikel 9, § 2, van de wet, is dus vereist dat ze genomen worden met het oog op het bereiken van de in dat artikel bedoelde doelstellingen.

3. De maatregelen die de Koning kan nemen met toepassing van artikel 9, § 2, houden verplichtingen in waaraan een rechtspersoon moet voldoen om aangewezen te kunnen worden als netbeheerder. Van kandidaat-netbeheerders wordt met andere woorden verwacht dat zij zich zò organiseren dat zij aan de bepalingen van het desbetreffende koninklijk besluit beantwoorden.

Het spreekt vanzelf dat de Koning geen voorwaarden kan opleggen die onverenigbaar zijn met de dwingende regels waaraan de kandidaat-netbeheerders, op grond van andere wettelijke regelingen, onderworpen zijn. Rekening houdend met het feit dat, volgens artikel 9, § 1, van de wet, elke rechtspersoon die is opgericht onder de vorm van een handelsvennootschap volgens het recht van één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap, in aanmerking komt om

.../...

aangewezen te worden als netbeheerder, mogen de door de Koning vastgestelde voorwaarden niet van die aard zijn dat zij zulke rechtspersonen a priori uitsluiten.

Die beperking van de bevoegdheid van de Koning blijkt ook uit de parlementaire voorbereiding van de wet. Zo is, met name in de memorie van toelichting, hierop uitdrukkelijk gewezen : "Het gaat wel te verstaan om maatregelen die verenigbaar moeten zijn met de gecoördineerde wetten van de handelsvennootschappen, en die de bevoegdheden van de verschillende vennootschapsorganen dient te eerbiedigen" (1).

Strikt genomen, moeten de ontworpen bepalingen dus verenigbaar zijn, niet enkel met de regels die in het Belgisch recht voor de onderscheiden vennootschapsvormen gelden, maar ook met de desbetreffende regels in het recht van de andere lidstaten van de Europese Gemeenschap. Mede gelet op de korte termijn die hem voor het geven van zijn advies is toegemeten, zal de Raad van State zich evenwel beperken tot het toetsen van de ontworpen bepalingen aan de (dwingende) regels die gelden voor de Belgische naamloze vennootschap.

(1) Parl.St., Kamer, 1998-99, nr. 1933-1, p. 16.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

Het zesde tot het achtste lid van de aanhef dienen vervangen te worden als volgt :

"Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door de omstandigheid dat ... (verder zoals in het achtste lid);

Gelet op advies L. 30.561/1/V van de Raad van State, gegeven op 4 augustus 2000, met toepassing van artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;".

Artikel 1

1. Het vereiste dat ten minste de helft van de bestuurders onafhankelijke bestuurders moeten zijn (artikel 1, 1°, van het ontwerp; ontworpen artikel 3, § 1), draagt bij tot het verzekeren van de onafhankelijkheid van de netbeheerder. Het beantwoordt derhalve aan de finaliteit bedoeld in artikel 9, § 2, van de wet.

Er wordt bovendien aanvaard dat statutaire bepalingen die de hoedanigheden vaststellen waaraan de bestuurders, of sommigen onder hen, moeten voldoen, geen afbreuk doen aan het benoemingsrecht van de algemene vergadering, voorzover de algemene vergadering een effectieve keuzemogelijkheid

.../...

behoudt (1). Te dezen is aan die laatste voorwaarde voldaan, nu artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 voorziet in een voordracht van twee kandidaten voor elk te begeven mandaat.

2. Het vereiste dat de onafhankelijke bestuurders slechts benoemd kunnen worden na eensluidend advies van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit (artikel 1, 2°, van het ontwerp; ontworpen artikel 3, § 2), verleent aan deze laatste een onbeperkt vetorecht. Aldus zou de Commissie een kandidaat kunnen weigeren, bijvoorbeeld omdat ze hem onbekwaam acht om de functie uit te oefenen. Een zo verregaande inmenging van de Commissie kan niet verantwoord worden op grond van de finaliteit van het waarborgen van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de raad van bestuur.

Opdat de ontworpen bepaling binnen de grenzen zou blijven van hetgeen is toegestaan bij artikel 9, § 2, van de wet, zou bepaald moeten worden dat de Commissie slechts mag weigeren een gunstig advies te verlenen, op grond van de redenen die te maken hebben met de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de kandidaat.

Artikel 2

1. Het vereiste dat het corporate governance-comité uitsluitend samengesteld mag zijn uit onafhankelijke

(1) Zie, voor een recente bevestiging van dit beginsel, Kh. Brussel, 21 december 1998, T.B.H., 2000, 401.

bestuurders (artikel 2 van het ontwerp; ontworpen artikel 5, inleidende zin), draagt bij tot het waarborgen van de onafhankelijkheid van de bestuursorganen, en is dus verenigbaar met artikel 9, § 2, van de wet (1).

2. Men vervange de woorden "artikel 5, eerste lid" door "artikel 5, inleidende zin".

Artikel 3

1. Het voorzien in het vereiste dat de raad van bestuur bepaalde bevoegdheden moet kunnen delegeren aan het directiecomité (ontworpen artikel 9, § 1), kan geacht worden in overeenstemming te zijn met de wetgeving op de vennootschappen.

2. Volgens het ontworpen artikel 9, § 2, eerste lid, is het beheer van het transmissienet toevertrouwd aan een directiecomité.

(1) Aan de Raad van State is enkel de wijziging van artikel 5, inleidende zin, ter beoordeling voorgelegd. De Raad kan zich dus niet uitspreken over de vraag of de bestaande bepalingen van artikel 5, 1° tot 4°, niet dwingen tot het toekennen van beslissingsbevoegdheden aan het corporate governance-comité, welke afbreuk doen aan de algemene beslissingsbevoegdheid van de raad van bestuur.

Het zou meer in overeenstemming zijn met de vennootschapswetgeving, indien die bepaling geredigeerd zou worden als volgt :

"De delegatie van de raad van bestuur aan het directiecomité omvat het beheer (1) van het transmissienet.".

3. In het ontworpen artikel 9, § 2, tweede lid - waarvan de bepalingen wellicht beter een afzonderlijke paragraaf 3 zouden kunnen vormen, bestaande uit twee of drie leden - worden voorwaarden gesteld in verband met de benoeming en het ontslag van de leden van het directiecomité.

3.1. Wat de benoeming van de leden betreft, doen de vereisten van de voorafgaande "goedkeuring" (lees : "instemming") van het corporate governance-comité en van het eensluidend advies van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit geen afbreuk aan de beslissingsbevoegdheid van de raad van bestuur. De raad van bestuur blijft bevoegd om kandidaten te selecteren, en hij alleen kan kandidaten ook effectief benoemen.

(1) In de vigerende tekst van artikel 9 van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 is sprake van het "operationeel beheer" van het transmissienet. Het is niet duidelijk waarom in het ontwerp geopteerd wordt voor de meer algemene term "beheer".

Wel moet ook hier opgemerkt worden dat het onbeperkt vetorecht van de Commissie verder gaat dan hetgeen bij artikel 9, § 2, van de wet is toegestaan. De opmerking die in dit verband gemaakt werd bij artikel 1 van het ontwerp (opmerking 2), is ook hier van toepassing.

3.2. Wat het ontslag van de leden betreft, liggen de zaken enigszins anders. Zoals de ontworpen bepaling is geredigeerd, zouden het corporate governance-comité en de Commissie voor de regulering van de elektriciteit zich kunnen verzetten tegen het ontslag van een lid van het directiecomité, ook als de raad van bestuur - die verantwoordelijk is voor het algemeen beleid - van oordeel zou zijn dat de betrokkene niet bekwaam is om zijn functie verder uit te oefenen. Het opdringen van een lid van het directiecomité aan de raad van bestuur beperkt de beoordelingsvrijheid van de raad van bestuur in zo sterke mate, dat de desbetreffende bepaling niet verenigbaar geacht kan worden met de vennootschapswetgeving.

Opdat de ontworpen bepaling op dit punt met die wetgeving verenigbaar zou zijn, zou ze zo geformuleerd moeten worden dat het corporate governance-comité aan de raad van bestuur kan vragen, en de Commissie voor de regulering van de elektriciteit kan opleggen dat een lid van het directiecomité ontslagen wordt. Die bepaling zou dan impliceren dat het corporate governance-comité en de Commissie zich niet kunnen verzetten tegen het gedwongen ontslag van een lid van het directiecomité.

.../...

Wat de Commissie voor de regulering van de elektriciteit betreft, geldt bovendien andermaal de opmerking die in verband met artikel 1, 2°, van het ontwerp gemaakt werd (opmerking 2 bij artikel 1).

Artikel 4

1. De inleidende zin redigere men als volgt : "Artikel 10 van hetzelfde besluit wordt aangevuld met een tweede lid, luidend als volgt :".

2. De Nederlandse en de Franse tekst van de ontworpen bepaling stemmen niet overeen : volgens de Nederlandse tekst is de bepaling van toepassing op onder meer de leden van de "Raad van Bestuur", volgens de Franse tekst op de leden van de "Conseil (sic) de Direction".

Gelet op de context, in het bijzonder de vigerende tekst van artikel 10 van het koninklijk besluit van 3 mei 1999, is allicht bedoeld dat de ontworpen bepalingen gelden voor de leden van het "directiecomité".

3. In de ontworpen bepaling is sprake van de voorwaarden waarin bepaalde personen "kunnen betrokken worden in de resulaten van fysieke en rechtspersonen".

Allicht is het de bedoeling dat voorzien moet worden in bepaalde maatregelen tot het waarborgen van de

.../...

onafhankelijkheid van het personeel, vanuit financieel oogpunt. In dat geval vindt de ontworpen bepaling rechtsgrond in artikel 9, § 2, 3°, van de wet.

De draagwijdte van de ontworpen bepaling is echter volstrekt onduidelijk. Er dient nader uiteengezet te worden welke "betrokkenheid" de stellers van het ontwerp voor ogen staat.

Artikel 5

Het eensluidend advies van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit, in verband met de benoeming en het ontslag van de commissarissen-revisoren, kan bijdragen tot het verzekeren van de onafhankelijkheid van het beheer van het transmissienet. Dat vereiste is derhalve verenigbaar met artikel 9, § 2, van de wet.

Op dit punt bestaat er bovendien geen aanleiding om de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie te beperken tot aspecten die te maken hebben met de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de commissaris-revisor. Op grond van de algemene controlebevoegdheid van de Commissie (artikel 23, § 2, tweede lid, 8°, van de wet), kan immers verantwoord worden dat zij zich onder meer ook over de bekwaamheid van de commissarissen-revisoren moet kunnen uitspreken.

.../...

Artikel 6

1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 12, eerste lid, vervange men de woorden "artikel 2 en 11" door "artikelen 2 tot 11".

In de Franse tekst schrappe men de afkorting "GRT" en schrijve men "gestionnaire du réseau de transport" voluit.

2. In het ontworpen artikel 12, tweede lid, vervange men de woorden "deze bepalingen" door "de in het eerste lid bedoelde bepalingen".

Artikel 7

Men schrijve : "Dit besluit treedt in werking op de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt".

Conformément à l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée par le fait que l'arrêté en projet "constitue un préalable essentiel à la désignation d'un gestionnaire du réseau national de transport d'électricité telle que prévue par la loi du 29 avril 1999 précitée transposant la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996; qu'à cet égard, il convient de relever qu'en l'absence d'un gestionnaire de réseau il n'est pas possible de fixer les tarifs de transport conformément à l'article 12 § 1er de la loi du 29 avril 1999 précitée, qu'il n'est pas possible d'établir le règlement technique tel que prévu à l'article 11 de la loi, qu'il n'est pas possible d'établir un plan de développement du réseau de transport conformément à l'article 13 § 1 de la loi; qu'il importe de garantir l'indépendance effective du gestionnaire de réseau de transport d'électricité conformément à l'article 9, § 2 de la loi; qu'il importe d'éviter de nuire à la compétitivité des entreprises belges en désignant aussi rapidement que possible le gestionnaire de réseau".

*

*

*

.../...

Eu égard au bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat a dû se limiter à formuler les observations suivantes.

*

*

*

PORTEE DU PROJET

L'article 8 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité dispose que la gestion du réseau de transport est assurée par un gestionnaire unique. Selon l'article 9, § 1er, le gestionnaire du réseau doit être constitué sous la forme d'une société commerciale et avoir son siège social et son administration centrale dans un Etat membre de l'Union européenne. L'article 9, § 2, charge le Roi de définir, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, "les mesures à prendre en vue d'assurer l'indépendance et l'impartialité de la gestion du réseau de transport", notamment sur le plan de la composition et du fonctionnement des organes de gestion du gestionnaire du réseau, et en vue d'assurer l'autonomie de gestion selon les meilleures pratiques de gouvernement d'entreprise. L'article 10, § 1er, dispose que le gestionnaire du réseau est désigné par le ministre qui a l'énergie dans ses attributions.

.../...

Un arrêté royal relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité a été pris le 3 mai 1999 en exécution de l'article 9, § 2, précité. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à modifier l'arrêté royal du 3 mai 1999 sur un certain nombre de points.

Ces modifications impliquent essentiellement ce qui suit :

- le nombre minimum d'administrateurs indépendants est majoré pour passer d'"un tiers au moins" à "la moitié au moins"; en outre, il est prévu que les administrateurs indépendants ne peuvent être nommés qu'après avis conforme de la Commission de régulation de l'électricité (article 1er du projet; article 3, §§ 1er et 2, en projet, de l'arrêté royal du 3 mai 1999);
- le comité de gouvernement d'entreprise, créé au sein du conseil d'administration, ne doit plus être composé "majoritairement" mais "exclusivement" d'administrateurs indépendants (article 2 du projet; article 5 en projet, phrase introductive);
- les membres du comité de direction, à qui la gestion du réseau de transport doit être confiée, peuvent uniquement être nommés et révoqués sur l'avis conforme de la Commission de régulation de l'électricité; il est précisé que ces membres sont choisis "en raison de leur compétence, leur expérience et leur indépendance" (article 3 du projet; article 9 en projet);

.../...

- le comité de rémunération, créé au sein du conseil d'administration, se voit confier la mission de fixer dans quelle mesure les membres du comité de direction (selon le texte néerlandais : les membres du conseil d'administration) et le personnel "peuvent être intéressés (...) par les résultats" d'un producteur, d'un des propriétaires du réseau, d'un distributeur, d'un intermédiaire ou d'un actionnaire dominant (article 4 du projet; article 10 en projet);
- les commissaires réviseurs peuvent uniquement être nommés ou révoqués sur avis conforme de la Commission de régulation de l'électricité (article 5 du projet; article 11 en projet);
- le gestionnaire du réseau de transport, ses actionnaires dominants et la Commission de régulation de l'électricité doivent établir un protocole visant à l'exécution matérielle des dispositions de l'arrêté royal du 3 mai 1999 (article 6 du projet; article 12 en projet).

FONDEMENT LEGAL

1. A l'instar des dispositions initiales de l'arrêté royal du 3 mai 1999, les dispositions modificatives en projet sont prises en exécution de l'article 9, § 2, de la loi du 29 avril 1999. Cette disposition légale s'énonce comme suit :

.../...

"Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la (Commission de régulation de l'électricité) et concertation avec les propriétaires du réseau, le Roi définit les mesures à prendre en vue d'assurer l'indépendance et l'impartialité de la gestion du réseau de transport, et notamment :

- 1° les règles relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion du gestionnaire du réseau visant à éviter que des producteurs, distributeurs, intermédiaires ou propriétaires du réseau ne puissent exercer, seuls ou de concert, une influence notable sur la gestion du réseau de transport;
- 2° d'autres mesures visant à assurer l'autonomie de gestion selon les meilleures pratiques de gouvernement d'entreprise;
- 3° les exigences en matière d'indépendance du personnel du gestionnaire du réseau à l'égard des producteurs, distributeurs, intermédiaires et propriétaires du réseau, notamment du point de vue financier;
- 4° - 6° (...)"

2. La compétence du Roi s'avère être dans ce cas une compétence liée à une finalité. En général, les mesures qu'il prend doivent viser à assurer l'indépendance et l'impartialité de la gestion du réseau de transport. En ce qui concerne certains types de mesures, le législateur indique en outre lui-même comment cet objectif peut être conçu concrètement : lorsqu'il s'agit de la composition et du fonctionnement des organes de gestion, cela peut notamment consister dans des règles qui visent à éviter que certaines entreprises intéressées exercent une "influence notable" (1°); lorsqu'il s'agit d'autres mesures relatives

.../...

à la gestion, celles-ci peuvent notamment viser à assurer l'autonomie de gestion, selon les "meilleures pratiques de gouvernement d'entreprise" ("corporate governance") (2°); lorsqu'il s'agit de mesures relatives au personnel du gestionnaire du réseau, celles-ci peuvent notamment viser à assurer son indépendance, notamment du point de vue financier, à l'égard d'entreprises intéressées (3°).

Pour que les dispositions en projet trouvent un fondement légal à l'article 9, § 2, de la loi, il est donc requis qu'elles soient prises en vue d'atteindre les objectifs visés dans cet article.

3. Les mesures que le Roi peut prendre en application de l'article 9, § 2, impliquent des obligations auxquelles une personne morale doit satisfaire pour pouvoir être désignée en tant que gestionnaire du réseau. En d'autres termes, on attend des candidats gestionnaires du réseau qu'ils s'organisent de façon telle qu'ils répondent aux dispositions de l'arrêté royal concerné.

Il est évident que le Roi ne peut imposer de conditions qui soient inconciliables avec les règles obligatoires auxquelles les candidats gestionnaires du réseau sont soumis, en vertu d'autres normes législatives. Compte tenu du fait que, selon l'article 9, § 1er, de la loi, toute personne morale constituée sous la forme d'une société commerciale selon le droit de l'un des Etats membres de l'Union européenne, entre en ligne de compte pour être désignée comme gestionnaire du réseau, les conditions fixées

.../...

par le Roi ne peuvent être de nature à exclure a priori de telles personnes morales.

Cette restriction de la compétence du Roi ressort également des travaux préparatoires de la loi. Il y est ainsi déclaré expressément, notamment dans l'exposé des motifs : "Il s'agit bien entendu de mesures qui doivent être compatibles avec les lois coordonnées sur les sociétés commerciales et respecter les compétences des différents organes de la société" (1).

A strictement parler, les dispositions en projet doivent donc être compatibles, non seulement avec les normes qui, dans le droit belge, régissent les différentes formes de sociétés, mais également avec les normes concernées dans le droit des autres Etats membres de la Communauté européenne. Vu notamment le bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat se limitera toutefois à examiner les dispositions en projet à la lumière des règles (obligatoires) applicables à la société anonyme belge.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

Les alinéas 6 à 8 du préambule doivent être remplacés comme suit :

"Vu l'urgence motivée par le fait ... (la suite comme à l'alinéa 8);

(1) Doc. parl., Chambre, 1998-99, n° 1933-1, p. 16.

Vu l'avis L. 30.561/1/V du Conseil d'Etat, donné le 4 août 2000, en application de l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat".

Article 1er

1. La condition selon laquelle la moitié des administrateurs au moins doivent être des administrateurs indépendants (article 1er, 1°, du projet; article 3, § 1er), en projet) contribue à assurer l'indépendance du gestionnaire du réseau. Elle répond dès lors à la finalité visée à l'article 9, § 2, de la loi.

Il est en outre admis que des dispositions statutaires établissant les qualités auxquelles doivent satisfaire les administrateurs, ou certains d'entre eux, ne portent pas atteinte au droit de nomination de l'assemblée générale, dans la mesure où cette dernière conserve une possibilité effective de choix (1). En l'espèce, il est satisfait à cette dernière condition, dès lors que l'article 3, § 2, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 prévoit la présentation de deux candidats pour chaque mandat à conférer.

(1) Pour une récente confirmation de ce principe, voir Comm. Bruxelles, 21 décembre 1998, R.D.C., 2000, 401.

2. La condition selon laquelle les administrateurs indépendants ne peuvent être nommés que sur l'avis conforme de la Commission de régulation de l'électricité (article 1er, 2°, du projet; article 3, § 2, en projet) attribuée à cette dernière un droit de veto illimité. La Commission pourrait ainsi refuser un candidat, par exemple parce qu'elle l'estime inapte à exercer la fonction. Une telle ingérence de la Commission ne peut se justifier par le souci de garantir l'indépendance et l'impartialité du conseil d'administration.

Pour que la disposition en projet demeure dans les limites de ce qu'autorise l'article 9, § 2, de la loi, il conviendrait de prévoir que la Commission ne peut refuser de donner un avis favorable que pour des motifs tenant à l'indépendance ou à l'impartialité du candidat.

Article 2

1. La condition selon laquelle le comité de gouvernement d'entreprise ne peut être composé que d'administrateurs indépendants (article 2 du projet; article 5, phrase introductive, en projet) contribue à garantir l'indépendance des organes de gestion et est donc compatible avec l'article 9, § 2, de la loi (1).

(1) Seule la modification de l'article 5, phrase introductive, a été soumise à l'appréciation du Conseil d'Etat. Le Conseil ne peut donc pas se prononcer sur la question de savoir si les dispositions en vigueur de l'article 5, 1° à 4°, ne donnent pas lieu à l'attribution de compétences décisionnelles au comité de gouvernement d'entreprise, qui portent atteinte à la compétence décisionnelle générale du conseil d'administration.

2. Il convient de remplacer les mots "l'article 5, alinéa 1er" par "l'article 5, phrase introductive".

Article 3

1. Il peut être considéré que la condition selon laquelle le conseil d'administration doit pouvoir déléguer certaines compétences au comité de direction (article 9, § 1er, en projet), est conforme à la législation sur les sociétés.

2. Selon l'article 9, § 2, alinéa 1er, en projet, la gestion du réseau de transport est confiée à un comité de direction.

Il serait davantage conforme à la législation sur les sociétés que cette disposition soit rédigée comme suit :

"La délégation du conseil d'administration au comité de direction comprend la gestion (1) du réseau de transport.".

(1) Dans le texte en vigueur de l'article 9 de l'arrêté royal du 3 mai 1999, il est question de la "gestion opérationnelle" du réseau de transport. L'on comprend mal pourquoi, dans le projet, il a été opté pour le terme plus général qu'est "gestion".

3. L'article 9, § 2, alinéa 2, en projet - dont les dispositions gagneraient peut-être à constituer un paragraphe 3 distinct, composé de deux ou trois alinéas - fixe des conditions concernant la nomination et la révocation des membres du comité de direction.

3.1. En ce qui concerne la nomination des membres, les conditions de "l'approbation" préalable (lire : "l'assentiment") du comité de gouvernement d'entreprise et de l'avis conforme de la Commission de régulation de l'électricité ne portent pas atteinte à la compétence décisionnelle du conseil d'administration. Le conseil d'administration demeure compétent en matière de sélection des candidats et lui seul peut également nommer effectivement des candidats.

Force est toutefois de relever également à cet égard que le droit de veto illimité de la Commission excède ce qu'autorise l'article 9, § 2, de la loi. L'observation formulée à cet égard sous l'article 1er du projet (observation n° 2) est également applicable ici.

3.2. En ce qui concerne la révocation des membres, la situation est quelque peu différente. Telle que la disposition en projet est rédigée, le comité de gouvernement d'entreprise et la Commission de régulation de l'électricité pourraient s'opposer à la révocation d'un membre du comité de direction, même si le conseil d'administration - responsable de la politique générale - estimait que l'intéressé n'est pas apte à poursuivre l'exercice de sa fonction. Le fait d'imposer un membre du comité de direction au conseil d'administration restreint à ce point la liberté

.../...

d'appréciation du conseil d'administration que la disposition concernée ne peut être réputée compatible avec la législation sur les sociétés.

Pour que la disposition en projet soit compatible sur ce point avec cette législation, elle devrait être formulée en ce sens que le comité de gouvernement d'entreprise puisse demander au conseil d'administration qu'un membre du comité de direction soit révoqué et que la Commission puisse l'imposer. Cette disposition impliquerait alors que le comité de gouvernement d'entreprise et la Commission ne peuvent s'opposer à la révocation forcée d'un membre du comité de direction.

En outre, l'observation formulée à l'égard de l'article 1er, 2°, du projet (observation n° 2 sous l'article 1er) s'applique à nouveau en ce qui concerne la Commission de régulation de l'électricité.

Article 4

1. Il convient de rédiger la phrase liminaire comme suit : "L'article 10 du même arrêté est complété par un alinéa 2, rédigé comme suit :".

2. Les textes français et néerlandais de la disposition en projet ne concordent pas : selon le texte français, la disposition est applicable, notamment, aux membres du

.../...

"Conseil (sic) de Direction", selon le texte néerlandais aux membres du "Raad van Bestuur".

Vu le contexte, notamment le texte en vigueur de l'article 10 de l'arrêté royal du 3 mai 1999, l'intention est assurément que les dispositions en projet s'appliquent aux membres du "comité de direction".

3. La disposition en projet fait état des conditions dans lesquelles certaines personnes peuvent être intéressées "par les résultats des personnes physiques ou morales".

Il s'agit assurément de prévoir certaines mesures visant à assurer l'indépendance du personnel, du point de vue financier. Dans ce cas, la disposition en projet trouve un fondement légal à l'article 9, § 2, 3°, de la loi.

Toutefois, la portée de la disposition en projet est tout à fait obscure. Il convient de préciser ce que les auteurs du projet entendent par "être intéressés".

Article 5

L'avis conforme de la Commission de régulation de l'électricité, en ce qui concerne la nomination et la révocation des commissaires réviseurs, peut contribuer à assurer l'indépendance de la gestion du réseau de transport. Cette condition se concilie dès lors avec l'article 9, § 2, de la loi.

.../...

Sur ce point, il n'y a pas lieu, en outre, de restreindre la compétence d'appréciation de la Commission à des aspects ayant trait à l'indépendance ou à l'impartialité du commissaire réviseur. En vertu de la compétence générale de contrôle de la Commission (article 23, § 2, alinéa 2, 8°, de la loi), il peut en effet se justifier qu'elle doive notamment pouvoir se prononcer également sur l'aptitude des commissaires réviseurs.

Article 6

1. Dans le texte néerlandais de l'article 12, alinéa 1er, il convient de remplacer les mots "artikel 2 en 11" par "artikelen 2 tot 11".

Dans le texte français, on supprimera le sigle GRT et on écrira "gestionnaire du réseau de transport" en toutes lettres.

2. A l'article 12, alinéa 2, en projet, il convient de remplacer les mots "des présentes dispositions" par "des dispositions visées à l'alinéa 1er".

Article 7

Il y a lieu d'écrire : "... le jour de sa publication au Moniteur belge".

De vakantiekamer was samengesteld uit

La chambre des vacations était composée de

de Heren
Messieurs

P. LEMMENS,

staatsraad, voorzitter,
conseiller d'Etat, président,

J. BAERT,
J. LUST,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

E. WYMEERSCH,
H. COUSY,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

Mevrouw
Madame

A. BECKERS,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LEMMENS.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LEMMENS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, referendaris.

Le rapport a été présenté par M. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. J. DRIJKONINGEN, référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

P. LEMMENS