



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.818/3
van 30 september 2013

avis 53.818/3
du 30 septembre 2013

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
modaliteiten van de procedure
van offerteaanvragen
aangenomen met toepassing
van artikel 5 van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt'

un projet d'arrêté royal
'concernant les modalités de la
procédure d'appel d'offres pris
en application de l'article 5 de
la loi du 29 avril 1999 relative
à l'organisation du marché de
l'électricité'

Op 22 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 30 september 2013, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de modaliteiten van de procedure van offerteaanvragen aangenomen met toepassing van artikel 5 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 september 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Kaat LEUS, staatsraden, Lieven DENYS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Kaat LEUS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 september 2013.

*

Le 22 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Energie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 30 septembre 2013, sur un projet d'arrêté royal 'concernant les modalités de la procédure d'appel d'offres pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 17 septembre 2013. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Kaat LEUS, conseillers d'État, Lieven DENYS et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Kaat LEUS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 30 septembre 2013.

*

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 rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegd ontwerpbesluit strekt ertoe, ter uitvoering van artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, de nadere regels vast te stellen betreffende de procedure van offerteaanvraag zoals bedoeld in dat artikel 5.

2.2. Het ontwerp bevat evenwel niet alleen nadere regels betreffende de procedure van offerteaanvraag, maar tevens tal van bepalingen die betrekking hebben op alle aspecten van de in te dienen offertes, zoals het bestek, bepaalde inhoudelijke keuzes, een staatssteunregeling, de selectie- en gunningprocedure, en zelfs bepalingen betreffende de sanctionering van de kandidaten bij niet-eerbiediging van de door hen in de offerte aangegane verbintenissen, enzovoort.

2.2.1. Wat het opstellen van het bestek betreft, wordt in het ontwerp de wettelijke rol van de Algemene Directie Energie bevestigd (artikel 1) en wordt bepaald welke elementen minstens in dat bestek moeten worden opgenomen (artikel 2). Artikel 1 van het ontwerp bepaalt evenwel ook dat “[d]e modaliteiten en de voorwaarden van de offerteaanvragen (...) zijn bepaald in het bestek dat is opgesteld door de Algemene Directie Energie conform artikel 5 §4 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en die zijn vermeld in de bijlage bij onderhavig besluit”. Die bijlage wordt gevormd door het bestek met als opschrift “Bestek van de offerteaanvragen voor de bouw van nieuwe gecombineerde stoom- en gasinstallaties voor de productie van elektriciteit teneinde de bevoorradingszekerheid te verzekeren”.

2.2.2. De artikelen 3 en 4 van het ontwerp bepalen vervolgens ten gronde dat de offerteaanvragen installaties van productie van gasgestookte elektriciteit op basis van de technologie van open cyclus en van gesloten cyclus betreffen (artikel 3), waarvan de minimale technische eisen worden bepaald en verder worden hernomen in het bij het ontwerpbesluit gevoegde bestek (artikel 4).

2.2.3. Er wordt een steunregeling ingevoerd (artikel 5).

Op basis van een in het ontwerp uitgewerkt referentiemodel wordt een inschatting gemaakt van de hoogte van de steun die nodig is om een rendabel project op te zetten, waartegen dan de verschillende voorgestelde projecten kunnen worden afgewogen (artikel 5).

Teneinde rekening te houden met de eventuele verschillen tussen het theoretische model en de projecten kunnen de kandidaten een maximale jaarlijkse steun verkrijgen van 44.470,884 euro per geïnstalleerde megawatt (MW) voor een eenheid met open cyclus en

van 89.329,596 euro per geïnstalleerde MW voor een eenheid van gesloten cyclus (artikel 6). De steunregeling is beperkt in de tijd, en loopt slechts vanaf de datum van de industriële indienstneming tot 31 december van het zesde jaar vanaf die datum (artikel 7). De werkelijke steun kan echter niet hoger liggen dan het door de kandidaten in hun offerte voorgestelde maximumbedrag, en wordt bovendien in de loop van het project bijgesteld in functie van de evolutie van bepaalde parameters, met een bijzondere regeling voor het eerste jaar (artikel 8).

De financiële steun blijkt ten laste te komen van de Rijksmiddelenbegroting (artikel 10) en zou niet het voorwerp kunnen uitmaken van een belasting (artikel 9).

2.2.4. De artikelen 11 tot 14 regelen de procedure voor de bekendmaking en eventuele bijkomende toelichting bij de offerteaanvraag, evenals de indiening van de dossiers van de kandidaten en offertes.

2.2.5. Artikel 15, eerste lid, bepaalt dat de ‘indiening van een offerte geldt als een verbintenis van de kandidaat om alle eisen en verplichtingen van welke aard dan ook die in het bestek staan te eerbiedigen en de installatie overeenkomstig de voorwaarden van de offerteaanvraag in dienst te stellen’. Er wordt in de mogelijkheid voorzien in het bestek om bij niet-naleving van de verbintenissen en voorschriften, sancties op te leggen, en er worden toezichtopdrachten gegeven aan de Algemene Directie Energie en de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG). Er moet worden opgemerkt dat het hier gaat om controletaken die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de offerte, en niet op de procedure van offerteaanvraag als dusdanig.

2.2.6. De artikelen 16, 17 en 18 hebben betrekking op het openen van de dossiers van de kandidaten en de bekendmaking van de ontvankelijke kandidaturen op basis van ‘de ontvankelijkheidsvoorwaarden zoals voorzien door het bestek’. Artikel 19 bevat de procedure voor het inhoudelijke selectie- en offerteonderzoek door de Algemene Directie Energie met de opdracht aan deze laatste om twee klasseringen op te stellen: één voor de “offertes van open cyclus” en één voor de “offertes van gesloten cyclus” met inbegrip van het opstellen van een met redenen omkleed advies omtrent de “beste combinaties van offertes”. Artikel 20 van het ontwerp voorziet in de procedure voor de aanwijzing van de geselecteerde kandidaten – dat kunnen er dus meer dan één zijn – en in de bekendmaking van de afwijzing van hun offerte aan de andere kandidaten. De aanwijzing geldt meteen als individuele (productie)vergunning in de zin van artikel 4 van de wet van 29 april 1999. Bij intrekking van een kandidatuur of faillissement van een geselecteerde kandidaat kan de minister bevoegd voor het energiebeleid (hierna: de minister) eventueel ook één of meerdere lager, maar niettemin batig gerangschikte kandidaten aanwijzen (artikel 21).

2.2.7. Artikel 22 bepaalt dat het (ontworpen) besluit, evenals het ministerieel besluit tot aanwijzing (lees: de individuele productievergunning), moeten worden bekrachtigd door de wetgever binnen zes maanden na hun respectieve data van inwerkingtreding.

2.2.8. Het te nemen besluit treedt in werking op de datum van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

RECHTSGROND

3. Voor het ontworpen besluit wordt rechtsgrond gezocht in artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999. Daarnaast wordt in de aanhef ook het ministerieel besluit van (...) ‘betreffende het beroep op de procedure van offerteaanvragen met toepassing van artikel 5, § 2, van de wet van 29 april 1999’ aangehaald. Het laatstvermelde besluit betreft het door de minister te nemen gemotiveerde besluit waarin de noodzaak wordt vastgesteld om, in het licht van de in artikel 5, § 2, vermelde criteria, een beroep te doen op de procedure van de offerteaanvraag teneinde de bevoorradingszekerheid inzake elektriciteit te waarborgen.

4.1. In het licht van de artikelen 7 en 8 van richtlijn 2009/72/EG¹ is het produceren van elektriciteit in beginsel een (vergunde) bedrijfsactiviteit die door de marktpelers spontaan zou moeten worden aangeboden, en waarop de overheid via een vergunningsprocedure toezicht houdt. Slechts bij uitzondering moet de overheid zelf tussenkomen om bijkomende nieuwe capaciteit te stimuleren via een (transparante en non-discriminatoire) aanbestedingsprocedure. Deze procedures kunnen echter alleen worden opgestart indien de op basis van de vergunningsprocedure te bouwen productiecapaciteit of te nemen maatregelen op het gebied van energie-efficiëntie/vraagzijdebeheer niet voldoende zijn om de leverings- en voorzieningszekerheid te waarborgen. Artikel 8 van de genoemde richtlijn voorziet bovendien in een reeks waarborgen om discriminatie en marktverstoring te vermijden.

4.2. Diezelfde doelstelling ligt ten grondslag aan de artikelen 4 en 5 van de wet van 29 april 1999. Artikel 4 voorziet in de normale vergunningsprocedure voor de bouw van nieuwe installaties; artikel 5 voorziet in de mogelijkheid om op initiatief van de overheid over te gaan op de procedure van offerteaanvraag voor de bouw van nieuwe installaties wanneer de bevoorradingszekerheid niet voldoende wordt gegarandeerd.

4.2.1. Artikel 5 van diezelfde wet is de primaire omzetting van artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG en bepaalt het kader en de gevallen waarin een beroep mag worden gedaan op de procedure van offerteaanvraag (artikel 5, § 1). De bepaling herneemt de basisvoorschriften van de richtlijn en voorziet op het interne vlak, in een welafgebakende taak- en bevoegdheidsverdeling.

4.2.2. Zo wordt de Koning bij artikel 5, § 4, eerste lid, van de wet van 29 april 1999 ermee belast de “nadere regels betreffende de procedure van offerteaanvraag” vast te stellen. Het gaat hier om het vaststellen van een algemeen normatief kader met toepassing waarvan, zo daar ooit nood aan is, de door de overheid geïnitieerde procedures van offerteaanvraag in concrete gevallen kunnen worden gevoerd.

4.2.3. Met toepassing van artikel 5, §§ 1 en 2, van de wet van 29 april 1999 komt het de minister toe om op gemotiveerde wijze vast te stellen dat de feitelijke omstandigheden zo zijn dat aan de voorwaarden van artikel 5, § 1, is voldaan, zodat een beroep op een procedure van

¹ Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’.

offerteaanvraag gerechtvaardigd is. Het gaat hier om de uitoefening van een niet-reglementaire bevoegdheid die door de wetgever rechtstreeks aan de minister is verleend.²

4.2.4. Bij artikel 5, § 4, tweede lid, van de wet van 29 april 1999 wordt de Algemene Directie Energie ermee belast om, naar aanleiding van een concrete procedure van offerteaanvraag, het bestek op te stellen, en dus de nodige inhoudelijke keuzes te maken over de gewenste nieuwe capaciteit teneinde de bevoorradingszekerheid opnieuw veilig te stellen. Krachtens artikel 5, § 4bis, van diezelfde wet dient het bestek een gedetailleerde beschrijving te bevatten van de specificaties van het contract, de procedure die alle inschrijvers moeten volgen (vergelijk met een zgn. 'biedingsleidraad') en de gunning, met inbegrip van stimulansen.

4.2.5. Gelet op het uitgangspunt dat slechts een beroep moet worden gedaan op de offerteprocedure in de mate de normale marktwerking niet resulteert in voldoende productiecapaciteit om de bevoorradingszekerheid te garanderen, heeft de wetgever ermee rekening gehouden dat er in bijzondere (financiële) stimuli zal moeten worden voorzien om kandidaten te overtuigen om toch te produceren.

Ook hier is de taakverdeling door de wetgever vastgelegd.

. Aangezien het de Algemene Directie Energie toekomt de inhoud van het bestek te bepalen waarin de stimulansen zijn opgenomen (*cf.* artikel 5, § 4, tweede lid, en artikel 5, § 4bis, tweede lid, van de wet van 29 april 1999), worden die stimuli door de Algemene Directie bepaald.

De wetgever heeft daarnaast erin voorzien dat het aan de Koning toekomt om bij besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de openbardienstverplichtingen te bepalen die de financiering van de bovenvermelde stimuli mogelijk maken. Omdat die openbardienstverplichtingen uiteindelijk ten laste kunnen worden gelegd van de netgebruiker, zullen in dat geval de kosten door de gebruiker moeten worden betaald, en niet door de belastingbetaler, wat ook helpt te voorkomen dat eventuele steun als staatssteun kan worden aangemerkt.³

4.2.6. Bij artikel 5, § 5, van de wet van 29 april 1999 wordt, tot slot, rechtstreeks aan de minister de bevoegdheid verleend om, ter afsluiting van de procedure van offerteaanvraag, de succesvolle kandidaat of kandidaten aan te wijzen, waarbij die aanwijzing geldt als individuele vergunning voor de elektriciteitsproductie in de zin van artikel 4 van diezelfde wet.

² Zie in dat verband adv.RvS 52.305/3 van 30 oktober 2012 over een ontwerp van ministerieel besluit 'over het beroep op de aanbestedingsprocedure krachtens artikel 5, § 2, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

³ HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, *Jur.* 2001, I-2029.

5. In het licht van wat hiervoor is uiteengezet, leidt het ontwerp tot meerdere opmerkingen. In het algemeen moet worden vastgesteld dat in het ontwerp de door de wetgever opgelegde taakverdeling niet wordt gevolgd, en bovendien in een oneigenlijk financieringsmechanisme wordt voorzien.

5.1. Vooreerst moet worden vastgesteld dat het voor advies voorgelegde ontwerp er niet beperkt toe blijft om, op een algemene en abstracte wijze, een juridisch kader te creëren voor het opstarten van offerteprocedures telkens wanneer daartoe, gelet op de concrete omstandigheden, aanleiding bestaat. In plaats daarvan strekt het ontwerp ertoe een regeling uit te werken voor de specifieke situatie die op dit ogenblik op de Belgische markt bestaat. Bijgevolg worden in het ontwerp allerhande aangelegenheden geregeld die betrekking hebben op de inhoud van de huidige offerteaanvraag die zal worden uitgeschreven. Meer nog, uit de stukken van het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegde dossier blijkt dat het concrete bestek in het kader van de voorgenomen huidige offerteaanvraag reeds is opgemaakt (het bestek is overigens als bijlage bij het ontworpen besluit gevoegd), en wordt thans met het voorliggende ontwerpbesluit in een juridisch kader voorzien dat echter zo specifiek is dat het enkel voor deze offerteaanvraag kan dienen.

5.2. Die verwarring blijkt ook door de vermelding in de aanhef van het ontworpen besluit van “het ministerieel besluit van (...) betreffende het beroep op de procedure van offerteaanvragen met toepassing van artikel 5, § 2, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt”. In tegenstelling tot wat de stellers lijken te veronderstellen – een misvatting die ook ten grondslag lag aan de niet-ontvankelijkheid van adviesaanvraag 52.305/3⁴ over dat ontwerp –, is het optreden van de Koning op grond van artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999 geen volgende stap in een procedure die werd opgestart door de minister naar aanleiding van een door hem, na advies van de netbeheerder, vastgesteld probleem van bevoorradingszekerheid.

5.3. De nadere regels betreffende de procedure van offerteaanvraag zoals bedoeld in artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999, moeten immers het algemene procedurele kader vormen waarbinnen offerteaanvragen door de Algemene Directie Energie kunnen worden uitgeschreven telkens daartoe aanleiding bestaat, aanleiding die is vastgesteld bij het ministerieel besluit bedoeld in artikel 5, § 2, van voormelde wet. Vanuit grondwettelijk oogpunt kan het ook moeilijk anders: de minister draagt daarmee in wezen zijn administratie op om, gegeven de noodzaak, een offerte uit te schrijven waarbij het bij koninklijk besluit vastgestelde algemene normatieve kader moet worden in acht genomen teneinde een antwoord te bieden op het vastgestelde probleem inzake bevoorradingszekerheid. Het komt echter, omgekeerd, de minister niet toe de Koning te gelasten dergelijk algemeen normatief kader uit te vaardigen naar aanleiding van een op een bepaald ogenblik vastgesteld bevoorradingsprobleem.

5.4. Voorts hebben de artikelen 3 en 4 geen plaats in het ontwerp. In deze bepalingen worden immers inhoudelijke keuzes gemaakt voor een welbepaalde technologie, die volgens de stellers van het ontwerp een antwoord zou moeten bieden op het specifieke bevoorradingsprobleem dat de minister heeft vastgesteld – of althans bezig is vast te stellen. Dit

⁴ Adv.RvS 52.305/3 van 30 oktober 2012.

zijn geen procedurele aspecten meer, maar inhoudelijke beleidsopties ingegeven naar aanleiding van een welbepaalde concrete feitelijke toestand op een welbepaald ogenblik. Op die wijze wordt in het ontwerp geen algemeen juridisch kader gecreëerd waarbinnen offerteaanvragen kunnen worden uitgeschreven en ingediende offertes kunnen worden beoordeeld telkens daartoe aanleiding bestaat, maar wordt een kader ingesteld dat enkel werkbaar is voor deze ene aanbesteding, en bovendien vooruitloopt op het nog te creëren algemeen juridisch kader.

In dat verband kan ook worden gewezen op de parlementaire voorbereiding van artikel 5 van de wet van 29 april 1999, waaruit eveneens het procedurele, veeleer dan het inhoudelijke karakter van de maatregelen die de Koning moet nemen, blijkt:

“De procedure moet voorzien dat het lastenboek de gedetailleerde beschrijving van de marktspecificaties bevat, alsook de volledige lijst van de criteria die de selectie van de inschrijvers bepalen.”⁵

Artikel 5, § 4, eerste lid, 2°, van de wet van 29 april 1999 voorziet erin dat in het koninklijk besluit dat de nadere regels betreffende de procedure van offerteaanvraag bepaalt, zorg moet worden gedragen voor de transparantie van de procedure ‘in het bijzonder van de technische specificaties en toekenningscriteria van de offerteaanvraag’. Daarmee wordt bedoeld dat het een te regelen aangelegenheid betreft die moet waarborgen dat de transparantie bij de (concrete) procedure van een offerteaanvraag wordt gegarandeerd. Bijgevolg kan de Koning ongetwijfeld algemene regels vaststellen voor de equivalentie van relevante technische normen, algemene regels of criteria bepalen voor de uitsluiting van kandidaten (vb. wegens achterstallige sociale zekerheidsbijdragen) of, nog, regels of criteria bepalen inzake het beoordelen van de financieel-economische draagkracht van kandidaten, enzovoort. Dat zijn immers regels die de gelijke behandeling van de kandidaten en de toegankelijkheid van de procedure, ook voor niet-Belgische kandidaten, helpen garanderen. De Koning kan ook algemene technische specificaties opleggen die voortvloeien uit de technische vereisten van het Belgische transmissie- en vervoersnet, die immers ook objectief voor alle marktdeelnemers gelden, en toepasselijk zijn bij elke offerteaanvraag.⁶ De Koning kan echter niet zelf inhoudelijke keuzes maken in het kader van concrete offerteaanvragen die moeten worden uitgeschreven naar aanleiding van een welbepaalde feitelijke toestand op een welbepaald ogenblik, nu die keuzes inhoudelijk afhangen van de aard en omvang van het probleem met de bevoorradingszekerheid, wat slechts kan worden vastgesteld door de minister op advies van de netbeheerder, en waarvan het antwoord moet worden geboden door de offerteaanvraag en het bestek zelf, en dus is gedelegeerd aan de Algemene Directie Energie.

5.5. De CREG is in haar advies erg kritisch over de verenigbaarheid met artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG van de beslissing om een beroep te doen op een vraag tot offerteprocedure en op de eigenlijke inhoudelijke voorwaarden.

De beoordeling hiervan vergt echter een specifieke feitelijke beoordeling die in beginsel de taak van de Raad van State, afdeling Wetgeving, te buiten gaat. Net om die reden is

⁵ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1596/001, 15.

⁶ Zie in dat verband overigens artikel 20 van het ontwerp, op basis waarvan de minister op het einde van de procedure alsnog een gunstig gerangschikte kandidaat mag voorbijgaan, omwille van de door de netbeheerder gesignaleerde compatibiliteitsproblemen. Zie ook, *infra*, opmerkingen bij artikel 20.

het cruciaal dat de hoger geschetste taakverdeling tussen de minister, de Koning en de Algemene Directie Energie wordt gerespecteerd. Het probleem van de verenigbaarheid met artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG ontstaat immers slechts in de mate in het ontworpen besluit inhoudelijke keuzes worden gemaakt die verband houden met de huidige (of minstens te verwachten) toestand op de Belgische elektriciteitsmarkt. Indien het besluit wordt beperkt tot het creëren van het algemeen juridische kader waarbinnen de Algemene Directie Energie een concrete offerteaanvraag kan uitschrijven in antwoord op de vaststelling door de minister van een probleem met de bevoorradingszekerheid, zonder dat daarin inhoudelijke keuzes worden gemaakt, verdwijnt het probleem op het niveau van het ontwerp. Op dat ogenblik kunnen eventuele Europeesrechtelijke bezwaren ten aanzien van de vraag of (al dan niet) aan de voorwaarden voor een beroep op de offerteprocedure in de zin van artikel 8 van de richtlijn 2009/72/EG is voldaan, enkel het ministerieel besluit betreffen waarin het bevoorradingsprobleem wordt vastgesteld en de offerte van de Algemene Directie Energie die daarop een antwoord biedt. Over die handelingen heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, echter geen adviesbevoegdheid, al kunnen ze uiteraard wel worden aangevochten voor de afdeling Bestuursrechtspraak door wie daar belang bij heeft.

Wel kan worden opgemerkt dat de hiervoor benadrukte taakverdeling ook terugkomt in artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG, waarbij eveneens een onderscheid wordt gemaakt tussen de aanbestedingsprocedure, de criteria voor de activering ervan, en het inhoudelijke bestek. Een nationale omzettingsmaatregel van richtlijn 2009/72/EG waarbij die taakverdeling niet wordt gevolgd, kan bezwaarlijk geacht worden te voldoen aan de voorwaarden van die richtlijn.

Als besluit moet derhalve worden opgemerkt dat de Koning het reglementaire kader dient te scheppen voor de vaststelling van de specificaties in de offerteaanvraag en het bestek, doch niet die specificaties zelf kan vaststellen nu dat laatste toekomt aan de Algemene Directie Energie.

5.6. In de tweede plaats is ook de ontworpen regeling inzake de (financiële) stimuli niet in overeenstemming met de taakverdeling zoals die door de wetgever is uitgewerkt, en wordt er bovendien ten onrechte in staatssteun voorzien. Volgens de wet moet de offerteaanvraag – en dus ook het bestek dat wordt opgesteld door de Algemene Directie Energie –, aangeven welke stimuli in de concrete situatie nodig zijn, en komt het de Koning toe, overigens ter uitvoering van artikel 21 van de wet van 29 april 1999, de eventuele openbardienstverplichtingen te bepalen die de financiering mogelijk maken van de hiervoor vermelde stimuli.

5.6.1. Daaruit volgt, ten eerste, dat het niet aan de Koning staat om te bepalen hoeveel steun kan worden toegekend, en hoe dat steunniveau moet worden berekend. Het gepaste steunniveau moet immers worden bepaald door de Algemene Directie Energie en worden opgenomen in het bestek van de offerteaanvraag waarvan het een wezenlijk onderdeel is. Bijgevolg is er geen rechtsgrond in artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999 voor de artikelen 5, 6, 7 en 8 van het ontwerp.

5.6.2. Daaruit volgt, ten tweede, dat de Koning bovendien ook geen staatssteun mag toekennen, maar enkel, overeenkomstig het bepaalde in artikel 21 van de wet van 29 april 1999,

een algemeen juridisch kader vermag vast te stellen om de financiering te verzekeren via openbardienstverplichtingen.

Een dergelijke aanpak is in lijn met het arrest *PreussenElektra*⁷ van het Hof van Justitie, op basis waarvan maatregelen die via de netvergoedingen volledig ten laste worden gelegd van de netgebruikers als vergoedingen voor openbardienstverplichtingen, kunnen ontsnappen aan de normale regels betreffende staatssteun omdat er geen staatsmiddelen worden ingezet.

Bovendien heeft de afdeling Wetgeving in zijn recente advies 53.605/3 van 18 juli 2013 over de voorgenomen “banking” van groenestroomcertificaten – en zulks in het licht van de impact die de keuze voor een staatssteunregeling (in plaats van een vergoeding voor openbardienstverplichtingen) heeft op de begroting en op de Europeesrechtelijke kwalificatie van de maatregel –, uitdrukkelijk bevestigd dat voor het invoeren van een financiering ten laste van de begroting een specifieke rechtsgrond is vereist.

Zo overwoog de afdeling Wetgeving dat de Vlaamse Regering geen beroep kan doen op artikel 7.5.1. van het decreet 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna “Energiedecreet”)⁸ om het instellen van een financieringsmechanisme ten laste van de Vlaamse begroting ter compensatie van de door de distributienetbeheerders gemaakte kosten van het “banken” van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten, te verantwoorden:

“Weliswaar laat die bepaling toe om – zoals hier lijkt te worden beoogd – openbardienstverplichtingen op te leggen aan de netbeheerders, maar de impliciete eraan ten grondslag liggende veronderstelling lijkt te zijn dat de kosten die hieruit voortvloeien via de distributietarieven kunnen worden opgevangen.⁹ Indien echter een fundamentele nieuwe beleidskeuze wordt gemaakt door te opteren voor een financiering uit de algemene middelen, in plaats van voor het omslaan van de kosten, moet dit bij decreet gebeuren.”¹⁰

Die rechtsgrond ontbreekt hier.

Bijgevolg is er evenmin rechtsgrond voor artikel 10 van het ontwerp.

5.6.3. Voorts zij opgemerkt dat indien het ontwerp op een correcte wijze in een financieringsmechanisme voor de stimuli wil voorzien, namelijk in de vorm van openbardienstverplichtingen, over het ontwerp overleg moet worden gepleegd in de Ministerraad met toepassing van artikel 5, § 4, derde lid, van de wet van 29 april 1999.

⁷ HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98, *PreussenElektra*, *Jur.* 2001, I-2029.

⁸ Art. 7.5.1 van het Energiedecreet bepaalt: “De Vlaamse Regering kan, na advies van de VREG, de leveranciers en netbeheerders openbardienst-verplichtingen opleggen inzake programma's ter bevordering van het rationeel energiegebruik en hernieuwbare energiebronnen, minimumnormen inzake rationeel energiegebruik bij hun afnemers en investeringen in kwalitatieve warmtekrachtinstallaties, installaties voor de productie van groene stroom, groenestroomcertificaten of warmtekrachtcertificaten.”

⁹ Voetnoot 6 van advies 53.605/3: Zie artikel 12, § 5, eerste lid, 11°, van de wet van 29 april 1999.

¹⁰ Adv. RvS 53.605/3 van 18 juli 2013 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’.

Het ontwerp werd weliswaar aan de Ministerraad voorgelegd op 19 juli 2013, wat in de aanhef zou moeten worden vermeld, maar het ontwerp dat op die datum werd voorgelegd bevatte een staatssteunregeling die, zoals hoger is uiteengezet, onverenigbaar is met artikel 5, § 4, derde lid, van de wet van 29 april 1999.

Bijgevolg vereist het invoeren van een correct financieringsmechanisme dat het ontwerp opnieuw wordt voorgelegd aan de Ministerraad, voordat het opnieuw voor advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, wordt voorgelegd.

6.1. Wanneer artikel 10 komt te vervallen, is er wellicht ook geen nood aan artikel 9.

Evenwel, zelfs indien een gelijkaardige regel zou worden ingevoerd als onderdeel van door openbardienstverplichtingen gefinancierde stimuli, moet worden vastgesteld dat artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999 geen rechtsgrond biedt voor het invoeren van belastingvrijstellingen. De bepaling in het ontworpen besluit staat overigens op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel opgenomen in artikel 172 van de Grondwet, dat vereist dat in belastingvrijstellingen door de wetgever zelf wordt voorzien.¹¹ Het gesignaleerde probleem kan ook niet worden opgelost door de bekrachtiging bij wet, waarin is voorzien door het ontworpen artikel 22 van het ontwerp. Nog afgezien van het rechtsgrondprobleem en de andere bezwaren die aan die bekrachtiging zouden kleven,¹² moet worden opgemerkt dat het hier niet gaat over een situatie waarin door de wet bepaalde bijzondere machten aan de Koning zijn gedelegeerd en die, eenmaal uitgevaardigd, binnen een welbepaalde tijd bij wet moeten worden bekrachtigd, maar gaat het om een maatregel die de Koning – los van enige rechtsgrond – neemt, en aan de wetgever opdraagt om dat – zonder rechtsgrond verrichte – optreden *post factum* te bekrachtigen.

6.2. Verscheidene bepalingen van het ontwerp zijn parafrases van de paragrafen 4*bis*, 5 en 6 van artikel 5 van de wet van 29 april 1999. Het overnemen, het parafraseren of het bevestigen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze er inzonderheid aanleiding toe zijn dat later uit het oog wordt verloren dat alleen de hogere regelgever dat voorschrift kan wijzigen. Ook kan die werkwijze verwarring doen ontstaan over het ogenblik van inwerkingtreding van het betreffende voorschrift.

Enkel wanneer zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid of een goed begrip van de ontworpen regeling of omwille van de rechtszekerheid, kan het overnemen van bepalingen van een hogere regeling worden gebillijkt, in welk geval de aard van de bepalingen die worden overgenomen dient te worden aangegeven (“overeenkomstig ...”).

In de mate het nuttig is om die bepalingen te herhalen, aan te vullen en te operationaliseren moet worden opgemerkt dat daarmee aspecten worden geregeld die weliswaar nauw verband houden met de procedure van offerteaanvraag, maar in bepaalde aspecten ook

¹¹ Zie bv. GwH 16 juni 2011, nr. 103/2011, B.7.3.

¹² Zie *infra*, opmerking 2.3.4 *et seq.*

verder gaan, zodat in de aanhef bijkomend een beroep moet worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning vervat in artikel 108 van de Grondwet.

Dat lijkt in het bijzonder nodig omwille van de bepalingen over de aanwijzing van één of meer geselecteerde kandidaten en de daaraan verbonden rechtsgevolgen (artikel 20, vierde en vijfde lid, van het ontwerp). In dat verband wordt er voorts op gewezen dat in de bepalingen van artikel 5, §§ 4bis en 5, van de wet van 29 april 1999 een onderscheid wordt gemaakt tussen, enerzijds, het (wederzijds) contract dat met die kandidaten ten gevolge van hun aanwijzing tot stand komt en, anderzijds, het gegeven dat die aanwijzing (tevens) geldt als een (eenzijdige) individuele (productie)vergunning in de zin van artikel 4 van de wet van 29 april 1999.

6.3. Artikel 15 van het ontwerp roept eveneens moeilijkheden op. De toezichtactiviteiten die aan de Algemene Directie Energie en de CREG worden toegewezen in het ontworpen artikel 15, derde en vierde lid, blijken immers betrekking te hebben op de naleving van de offerte in de loop van de uitvoering van het project.

Een dergelijke opdracht tot het uitoefenen van toezicht door de Algemene Directie Energie kan worden gesteund op artikel 108 van de Grondwet gelezen in samenhang met artikel 5, § 6, van de wet van 29 april 1999 gelet op de daarin vervatte opvolgingstaak.

Voor de CREG lijkt het echter een overbodige bepaling te zijn, omdat die regulator al toezicht houdt op alle marktdeelnemers op basis van artikel 23, § 2, van de wet van 29 april 1999, terwijl de ontworpen bepaling verder ook geen steun vindt in artikel 5 van voormelde wet. Het zou enkel anders zijn indien men een advies van de CREG zou willen inwinnen over de naleving van de marktregels in het kader van de ontvankelijkheid van de kandidaturen.

6.4. Er is ten slotte geen rechtsgrond in de wet van 29 april 1999 voor artikel 22 van het ontwerp. Zoals hoger reeds is aangegeven, is in een dergelijke bekrachtiging niet voorzien in voormelde wet, en kan de Koning de wetgever op dit punt geen instructies geven.

6.4.1. Bovendien zou het uitblijven van een dergelijke bekrachtiging rechtsonzekerheid met zich meebrengen die onverenigbaar lijkt met de beginselen van het investeringsrecht, in het bijzonder met het verdrag van 17 december 1994 inzake het Energiehandvest en het protocol van 17 december 1994 bij het Energiehandvest betreffende energie-efficiëntie en daarmee samenhangende milieuaspecten, waar zowel de Europese Unie als België partij bij zijn.¹³

6.4.2. Omgekeerd zou de bekrachtiging door de wetgever tot gevolg hebben dat de aanvechtbaarheid van de eindbeslissing ernstig zou worden bemoeilijkt, inclusief de toetsing van de hele procedure aan richtlijn 2009/72/EG. Een dergelijke aanpak staat op gespannen voet met artikel 47 van het Handvest van 12 december 2007 van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna “Handvest van de Grondrechten”).

¹³ Zie in het bijzonder deel III van het verdrag (‘Bevordering en bescherming van investeringen’). Het verdrag voorziet in investor-state arbitration via het Internationale Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen (ICSID). Voor de volledige lijst van *investor-state dispute settlement procedures* onder ECT, zie <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0>; zie ook K. HOBÉR, “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, *J Int. Disp. Settlement* (2010) 1(1): 153-190.

Het kan niet worden uitgesloten dat het Hof van Justitie daarom zou beslissen – zoals het eerder heeft gedaan bij bekrachtigingen die erop waren gericht de niet-naleving van MER-verplichtingen te immuniseren – dat elke rechter de bekrachtigingswet moet kunnen toetsen en, in voorkomend geval, daar als gevolg aan verbinden dat die wet buiten toepassing wordt gelaten teneinde effectief rechterlijk toezicht opnieuw mogelijk te maken en de genomen maatregel ook inhoudelijk aan het toepasselijke EU-recht te toetsen.¹⁴

Een bekrachtiging bij wet van de individuele aanwijzingsbeslissingen zou inhouden dat geschillen die rijzen over de resultaten van de offerteprocedure aan zowel de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, als de gewone burgerlijke rechtbanken worden onttrokken. Het ontbreken van een effectieve toegang tot de rechter, in het bijzonder om de regelmatigheid van de procedure in het licht van richtlijn 2009/72/EG te betwisten, vormt zonder meer een schending van artikel 19, lid 1, van het Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie en van artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten.

Er moet bovendien worden gewezen op de gevolgen van een dergelijke bekrachtiging voor de consistentie van het wettelijke kader. Immers, nu in het ontworpen besluit talrijke inhoudelijke opties worden genomen naar aanleiding van een vastgestelde nood aan nieuwbouw naar aanleiding van de actuele, specifieke vastgestelde omstandigheden, heeft dit tot gevolg dat het mechanisme van taakverdeling waarin artikel 5 van de wet van 29 april 1999 voorziet, door de techniek van de bekrachtiging voor de toekomst als het ware ongedaan wordt gemaakt. Bij een volgende vaststelling van een probleem met de bevoorradingszekerheid kan noch de Koning, noch de minister en *a fortiori* ook de Algemene Directie Energie niet, de bekrachtigde bepalingen nog wijzigen. Het is echter hoogst onzeker dat ook in de toekomst het antwoord op het specifieke bevoorradingsprobleem opnieuw het bouwen is van installaties in de zin van de artikelen 3 en 4 van het huidige ontwerp. Bijgevolg zou eerst een tussenkomst van de wetgever vereist zijn om het bekrachtigde koninklijk besluit, dat inmiddels een wet in de formele betekenis is geworden, te wijzigen, terwijl de door de wetgever in artikel 5 van de wet van 29 april 1999 georganiseerde taakverdeling er precies in is gelegen dat de administratie voldoende flexibiliteit krijgt om op het gepaste ogenblik in te spelen op de specifieke noden die voortvloeien uit de dreigende risico's voor de bevoorradingszekerheid.

Het ontwerp van besluit moet in het licht van wat voorafgaat grondig worden herwerkt. De hierna volgende opmerkingen worden slechts gemaakt met het oog op die noodzakelijke herwerking.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

7. Het ontwerp vermeldt ten onrechte het advies van de transmissienetbeheerder. Dat advies werd immers uitgebracht op basis van artikel 5, § 3, van de wet van 29 april 1999 en heeft betrekking op de feitelijke beoordeling die aanleiding geeft tot het met redenen omklede ministerieel besluit bedoeld in artikel 5, §§ 1 en 2, van de wet.

¹⁴ HvJ 16 februari 2012, zaak C-182/10 *Solvay*, *Jur.* 2012, I-0000, punt 52.

8. Indien het ontwerp wordt voorgelegd in Ministerraad, moet er bovendien op worden gewezen dat in dat geval geen beroep kan worden gedaan op de vrijstellingsregeling van artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012,¹⁵ zodat aan de verplichtingen van de artikelen 19/1 tot 19/3 van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ moet worden voldaan.¹⁶

9. Indien er, ondanks hetgeen is opgemerkt *sub* 5.6. e.v., toch zou worden vastgehouden aan een financiering in de vorm van staatssteun, moet het ontwerp vooraf worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Er is geen reden om aan te nemen dat artikel 7 van richtlijn 2009/72/EG de toepassing van die bepaling zou uitsluiten, wat ook niet zou kunnen voor een richtlijn die gebaseerd is op artikel 95 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 114 van het VWEU), terwijl geen enkele andere horizontale of sectorspecifieke vrijstellingsregeling wordt ingeroepen.¹⁷

Indien er daarentegen gekozen wordt voor een financiering via openbardienstverplichtingen, zou het denkbaar zijn dat de bepalingen aan de kwalificatie “staatssteun” ontsnappen op basis van het arrest *PreussenElektra*, zodat in dat geval niet moet worden aangemeld.¹⁸ Niettemin, gelet op de complexiteit van de voorliggende regeling en de draconische gevolgen van een onterechte niet-aanmelding, kan zelfs in dat geval worden aanbevolen om zekerheidshalve vooraf met de Europese Commissie contact op te nemen.

Los van de opmerkingen over de noodzaak om de staatssteunbepalingen van het ontwerp – zo er al rechtsgrond voor bestaat – vooraf aan te melden bij de Europese Commissie op basis van artikel 108, lid 3, VWEU, moet het hele ontwerp gelet op artikel 49, § 2, van richtlijn 2009/72/EG worden meegedeeld aan de Europese Commissie.

¹⁵ De vrijstelling van artikel 2, 9°, geldt immers enkel indien er geen overleg in de Ministerraad is voorgeschreven.

¹⁶ In dat verband wordt verwezen naar de verklaring van de gemachtigde n.a.v. de opmerkingen over de DOEB-test in adv.RvS 53.815/1/V over een voorontwerp van wet ‘houdende wijziging van de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie en houdende wijziging van de wet van 11 april 2003 betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze kerncentrales’. De gemachtigde vermeldt: “Dans son avis 53.815/1/V le Conseil d’Etat a souligné que le test EIDD ne serait pas en conformité avec l’arrêté royal du 20 septembre 2012 précisant les catégories d’exemption ainsi que le fait que les formulaires n’auraient pas été mis à jour suite à cet arrêté royal. Je voulais vous informer que, concernant le projet de loi visé par l’avis 53.815/1/V ainsi que d’autres projets en cours d’avis au sein du Conseil d’Etat et les projets futurs, concernant les compétences du Secrétaire d’Etat, il sera veillé à corriger les éventuelles manquements et à respecter la législation en vigueur pour les test EIDD”.

¹⁷ De groepsvrijstellingen voor milieuvriendelijke energieproductie lijken gelet op de gekozen technologie en het feit dat in essentie exploitatiesteun wordt toegekend in elk geval ook niet toepasselijk. Gelet op de omvang van de steun – volgens de IF tussen de 20 en 140 miljoen euro – is ook geen vrijstelling mogelijk door de steunregeling te herwerken tot een compensatie van een openbardienstverplichting, nu de drempel (15 miljoen euro) van artikel 2 van besluit 2012/21/EU wordt overschreden.

¹⁸ HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2029.

In voorkomend geval moet dan in de aanhef uiteraard ook worden aangegeven dat de aanmeldingsplicht is nageleefd, alsook de datum worden vermeld waarop de Europese Commissie heeft beslist de steunmaatregel verenigbaar te verklaren met het VWEU.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

10. Het ontwerp vertoont voorts een reeks wetgevingstechnische tekortkomingen die binnen de toegemeten tijd niet exhaustief kunnen worden aangegeven. Er kan onder meer worden gewezen op het gebrek aan thematische onderverdelingen (hoofdstukken, afdelingen), de niet-opdeling van zeer lange bepalingen in paragrafen, het niet-consistente gebruik van onderdelen en opsommingen waarbij bovendien vaak de opsommingstekens in deze of gene taalversie wegvallen, het niet-consistente gebruik van afkortingen (vb. IDD en IIDN, in het Frans telkens MSI), die bovendien niet worden gedefinieerd, het niet-consistent definiëren van de onderdelen van de formules,¹⁹ en de gebrekkige Nederlandse tekst van het ontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

11. Gelet op hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit, dient aan de aanhef een lid te worden toegevoegd waarin gewag wordt gemaakt van artikel 108 van de Grondwet.

12. Het huidige eerste lid, dat het tweede lid wordt, moet worden geredigeerd als volgt:

“Gelet op de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, artikel 5, § 4, eerste en derde lid, gewijzigd bij de wet van 8 januari 2012, artikel 5, § 4bis, ingevoegd bij de wet van 8 januari 2012, artikel 5, § 5, vervangen bij de wet van 8 januari 2012 en artikel 5, § 6, ingevoegd bij de wet van 8 januari 2012;”.

13. Het tweede lid van de aanhef moet worden weggelaten gelet op hetgeen is opgemerkt *sub* 5.2 en 5.3.

14. Gelet op hetgeen is opgemerkt *sub* 7, dient het derde lid uit de aanhef te worden weggelaten.

15. Het vijfde lid van de aanhef vormt een toelichting en moet worden weggelaten. Het is niet zinvol om de inhoud ervan te herformuleren tot een considerans, aangezien wordt

¹⁹ Zo blijkt in artikel 8 van het ontwerp, element 2, de term Sr te worden ingevoerd en gedefinieerd in de formule voor het jaar van de IIDN, maar niet opnieuw in de formule voor ieder volledig jaar van de werking.

voorzien in een verslag aan de Koning, dat met het finale besluit dient te worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

16. De adviezen van de Inspectie van Financiën en het begrotingsakkoord moeten in de aanhef worden vermeld.

17. Het overleg in Ministerraad moet worden vermeld, in het bijzonder indien men beoogt uitvoering te geven aan artikel 5, § 4, derde lid, van de wet van 29 april 1999, in welk geval het overleg daarover (nog) moet plaatsvinden. In dat geval moet ook melding worden gemaakt van het naleven van de verplichtingen opgelegd bij de wet van 5 mei 1997 'betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling'.

Nieuw in te voegen artikel 1

18. Er moet, gelet op artikel 49, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2009/72/EG, een nieuwe bepaling worden ingevoegd waarin bepaald wordt dat het te nemen besluit de omzetting vormt van artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG.

Artikel 1

19. De vraag rijst of het begrip "nieuwe installaties" geen verduidelijking behoeft. Het is namelijk zo dat op dit ogenblik verschillende bestaande productie-eenheden voor elektriciteit van het type STEG (stoom- en gasturbine) uit dienst worden genomen bij gebrek aan rendabiliteit. De vraag rijst of een heropening van deze centrales – al dan niet na renovatie – kan worden beschouwd als een "nieuwe installatie". Het antwoord op die vraag heeft ruimere consequenties in het licht van de in het vooruitzicht gestelde subsidies. De marktwerking dreigt in het gedrang te komen indien kwalitatief evenwaardige STEG-centrales verschillend behandeld zullen worden afhankelijk van het feit of ze al dan niet tot stand zijn gekomen in het kader van de op overheidinitiatief geïnitieerde procedure van offerteaanvraag. Wanneer wordt beslist dat subsidies nodig zijn voor het in bedrijf houden van STEG-centrales valt moeilijk in te zien waarom zulke subsidies niet voor bestaande centrales zouden moeten gelden. Omgekeerd riskeren eigenaars van dergelijke centrales – zonder dat het hen ten kwade kan worden geduid – de markt te verlaten, gelet op de huidige rendabiliteitsproblemen die nog versterkt zouden kunnen worden indien er concurrenten door middel van het verstrekken van subsidies worden toegelaten tot de markt. Onder die omstandigheden dreigt het overheidsoptreden in de markt zelfs een negatief effect op de beschikbare productiecapaciteit te kunnen hebben. De voorgestelde maatregelen staan bijgevolg potentieel op gespannen voet met de bepalingen van het VWEU op het gebied van mededinging, staatssteun en overheidsinterventie.

Dezelfde problemen kunnen bovendien ook naar Belgisch grondwettelijk recht worden vertaald als mogelijke inbreuken op het gelijkheidsbeginsel. Ministens zal het verschil in behandeling zowel naar Europees recht als naar nationaal recht moeten kunnen worden verantwoord aan de hand van objectieve criteria en zullen de genomen maatregelen ook pertinent

en evenredig moeten zijn. Ook om die reden is het aan te bevelen om vooraf over dit ontwerp overleg te plegen met de Europese Commissie.

Artikelen 2 en 18

20. Artikel 2, 3°, bepaalt terecht dat het bestek “de exhaustieve lijst van de criteria voor de selectie van de offertes, hun belang en hiërarchie, evenals de exhaustieve lijst van de informatie en documenten die door de kandidaten dienen overgemaakt te worden teneinde de appreciatie van deze criteria te kunnen nagaan”, moet bevatten. Het ontworpen artikel 18 vermeldt echter ook dat kandidaturen moeten “voldoen aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden zoals voorzien door het bestek”. Ontvankelijkheidsvoorwaarden moeten echter uitdrukkelijk worden onderscheiden van de inhoudelijke criteria voor de selectie van kandidaten en van de criteria voor de aanwijzing van een ingediende offerte. Bijgevolg lijkt het ontwerp die ontvankelijkheidseisen niet zelf vast te stellen, noch in een delegatie te voorzien aan de Algemene Directie Energie. Die lacune moet bijgevolg worden opgevuld.

Er moet bovendien worden verduidelijkt wat precies met ontvankelijkheidsvoorwaarden wordt bedoeld. Het kan immers gaan om bepaalde vorm- en termijnvoorschriften – vb. het gebruik van een dubbele enveloppe, of de onvolledigheid van de aanvraag (bv. doordat niet alle in artikel 2, 3°, van het ontwerp bedoelde documenten werden voorgelegd), het niet tijdig indienen van de offerte, enzovoort, maar het zou ook betrekking kunnen hebben op zogenaamde uitsluitingscriteria, inhoudelijke redenen (bv. gebrek aan kwalitatieve referenties, onvoldoende socio-economische draagkracht, ...) voor het niet in aanmerking kunnen nemen van een bepaalde bieder. Gelet op de verregaande gevolgen van niet-ontvankelijkheid of uitsluiting betreft het hier elementen die rechtstreeks raken aan de transparantie van de procedure, de mededinging en gelijke behandeling van de kandidaten in het kader van een offerteprocedure,²⁰ en waarvan de vaststelling bij artikel 5, § 4, eerste lid, van de wet van 29 april 1999 aan de Koning is toegekend. Bijgevolg wordt die leemte best opgevuld in het ontwerp zelf, en niet geregeld in het bestek.

Artikel 19

21. De Algemene Directie Energie wordt gevraagd om twee klassementen op te maken: één voor de offertes van open cyclus en één voor de offertes van gesloten cyclus (artikel 19, zesde lid), en vervolgens de beste combinatie van offertes voor te stellen (artikel 19, zevende lid). Hier wordt de procedure verder afgestemd op de inhoudelijke keuzes die - ten onrechte – in het ontwerp worden gemaakt. Bovendien is het maar de vraag of deze bepaling de transparantie van de procedure en de gelijkheid van de kandidaten kan garanderen. In essentie betreft het immers twee van elkaar te onderscheiden technologieën (open cyclus *versus* gesloten cyclus) zodat de vraag rijst of deze offertes *überhaupt* vergelijkbaar zullen zijn. Ingeval van

²⁰ Dat is meteen ook de reden waarom de klassieke aanbestedingsrichtlijnen heel restrictief zijn in die uitsluitingsgronden, zie bv. artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals uitgelegd door HvJ 18 december 2008, C-213/07, *Michaniki*, Jur. 2008, I-9999.

onvergelijkbaarheid dringen er zich twee klassementen op; het bevreemdt dan ook hoe, met respect voor de gelijke behandeling, op basis van twee onderscheiden klassementen alsnog tot “de best mogelijke combinatie met het oog op de doelstelling in termen van het aantal megawatts vermeld in het bestek” kan worden gekomen. Immers, ook al worden die keuzes afdoende gemotiveerd, toch dreigt door die aanpak dat aan de best gerangschikte projecten kan worden voorbijgegaan teneinde een betere combinatie mogelijk te maken in het voordeel van minder gunstig gerangschikte projecten. Indien desondanks voor deze aanpak wordt gekozen en aangezien volgens het ontwerp de “best mogelijk combinatie” in dat geval functie zou zijn van het “aantal megawatts vermeld in het bestek” (wat een essentieel onderdeel van de offerteaanvraag is aangezien daarmee wordt vastgelegd hoeveel capaciteit er nodig is), zou zulks moeten worden opgenomen in de lijst van artikel 2 van het ontwerp. Daarbij moet worden overwogen om voor een vork te opteren veeleer dan voor een welbepaald getal: hoe strikter de grens, hoe minder mathematische mogelijkheden er zijn om projecten te combineren, en hoe groter de kans dat aan sommige van de best gerangschikte projecten wordt voorbijgegaan.

Artikel 20

22. Aangezien de selectieprocedure eerst gevoerd wordt door de Algemene Directie Energie, lijkt het zinvoller dat het eerste lid van artikel 20 wordt geredigeerd als volgt:

“De Algemene Directie Energie bezorgt de minister bevoegd voor Energie haar met redenen omkleed advies.”

Hoewel niet vereist door de wet, is het advies van de transmissienetbeheerder uiteraard uiterst relevant met het oog op het beoordelen van de compatibiliteit van het geheel van de projecten op het Belgisch elektriciteitsnet in functie van hun geografische lokalisatie. Dat is nog meer zo nu het ontwerp erin voorziet dat, op grond van dat advies, de minister op gemotiveerde wijze kan afwijken van de rangschikking opgesteld door de Algemene Directie Energie. De vraag rijst dan ook of het advies niet eerder in de procedure moet worden ingewonnen, namelijk vooraleer het bestek in de markt wordt gebracht zodat de technische specificaties zoveel als mogelijk netproblemen kunnen vermijden. Het zou het door het Unierecht opgelegde²¹ transparantie- en gelijkheidsbeginsel ten goede komen indien cruciale technische vereisten die er finaal toe kunnen leiden dat de best gerangschikte kandidaten moeten worden geweerd, in de mate van het mogelijke, al van meet af aan zouden worden opgenomen in het bestek, zodat de kandidaten hun voorstellen daarop kunnen afstemmen en die elementen ook bij de beoordeling in acht kunnen worden genomen.

²¹ Artikel 8, lid 3, derde alinea, van richtlijn 2009/72/EG. Voor toepassingen van het non-discriminatie- en transparantiebeginsel, zie HvJ 14 juni 2007, zaak C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, *Jur.* 2007, I-4557; HvJ 17 juli 2008, zaak C-347/06, *ASM Brescia*, *Jur.* 2008, I-5641; HvJ 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 *SECAP*, *Jur.* 2008 I-3565. Zie bovendien ook de artikelen 10 en 20 van het verdrag van 17 december 1994 inzake het Energiehandvest, waar zowel België als de Europese Unie partij bij zijn (en na de wijzigingen aan oud artikel 133 EG (nu 207 VWEU) door het Verdrag van Lissabon geacht moet worden sindsdien grotendeels te vallen binnen de exclusieve bevoegdheden van de Unie op het gebied van externe handel).

Artikel 22

23. Wat artikel 22 betreft, wordt verwezen naar opmerkingen 6.4. tot 6.4.2.

*

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 et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2.1. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet, en exécution de l'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité', de fixer les modalités de la procédure d'appel d'offres visée à cet article 5.

2.2. Toutefois, le projet comporte non seulement des modalités relatives à la procédure d'appel d'offres, mais également de nombreuses dispositions concernant tous les aspects des offres à soumettre, comme le cahier des charges, certaines options de fond, un régime d'aides d'État, la procédure de sélection et d'attribution, et même des dispositions relatives aux sanctions infligées aux candidats en cas de manquement aux obligations qu'ils ont contractées dans l'offre, etc.

2.2.1. En ce qui concerne l'établissement du cahier des charges, le projet confirme le rôle légal de la Direction générale de l'Énergie (article 1^{er}) et détermine les éléments qui doivent à tout le moins figurer dans ce cahier (article 2). Toutefois, l'article 1^{er} du projet dispose également que « [l]es modalités et conditions de l'appel d'offres (...) sont définies dans le cahier des charges établi par la Direction générale de l'Énergie conformément à l'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et figurant en annexe au présent arrêté ». Cette annexe est constituée du cahier des charges intitulé « Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité de type cycle ouvert ou cycle combiné à gaz afin de garantir la sécurité d'approvisionnement ».

2.2.2. Sur le fond, les articles 3 et 4 du projet énoncent ensuite que l'appel d'offres concerne des installations de production d'électricité à base de gaz, sur la base de la technologie de cycle ouvert et de la technologie de cycle fermé (article 3), dont les exigences techniques minimales sont définies et reproduites par la suite dans le cahier des charges joint au projet d'arrêté (article 4).

2.2.3. Un régime d'aide est instauré (article 5).

Sur la base d'un modèle de référence élaboré dans le projet, il est procédé à une évaluation de la hauteur du soutien nécessaire à la mise sur pied d'un projet rentable, en fonction de quoi les différents projets proposés peuvent alors être mis en balance (article 5).

De manière à tenir compte d'éventuelles différences entre le modèle théorique et les projets, les candidats peuvent obtenir un soutien annuel maximum de 44.470,884 euros par mégawatt (MW) installé pour une unité à cycle ouvert et de 89.329,596 euros par MW installé pour une unité à cycle fermé (article 6). Le régime d'aide est limité dans le temps et ne court qu'à partir de la date de mise en service industrielle jusqu'au 31 décembre de la sixième année à partir de cette date (article 7). Le montant effectif du soutien ne peut toutefois pas dépasser le montant maximum proposé par les candidats dans leur offre, et est en outre adapté en cours de projet en fonction de l'évolution de certains paramètres, avec un régime particulier pour la première année (article 8).

Le soutien financier est à la charge du Budget des voies et moyens (article 10) et ne pourrait pas faire l'objet d'une taxation (article 9).

2.2.4. Les articles 11 à 14 règlent la procédure en matière de publication et d'informations complémentaires éventuelles concernant l'appel d'offres, ainsi que le dépôt des dossiers des candidats et des offres.

2.2.5. L'article 15, alinéa 1^{er}, dispose que 'la remise d'une offre vaut engagement du candidat à respecter l'ensemble des obligations et prescriptions de toute nature figurant au cahier des charges et à mettre en service l'installation dans les conditions de l'appel d'offres'. Il prévoit la possibilité d'imposer dans le cahier des charges des sanctions en cas de manquement aux engagements et aux prescriptions et confie des missions de surveillance à la Direction générale de l'Énergie et à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG). Il faut remarquer qu'il s'agit en l'occurrence de missions de surveillance qui portent sur l'exécution de l'offre, et non pas sur la procédure d'appel d'offres proprement dite.

2.2.6. Les articles 16, 17 et 18 concernent l'ouverture des dossiers des candidats et la publication des candidatures recevables sur la base des 'critères de recevabilité tels que prévus par le cahier des charges'. L'article 19 contient la procédure relative à l'examen de la sélection et des offres sur le fond par la Direction générale de l'Énergie, cette dernière étant chargée d'établir deux classements: un classement pour les « offres de cycle ouvert » et un classement pour les « offres de cycles fermés », y compris la rédaction d'un avis motivé concernant « la meilleure combinaison d'offres ». L'article 20 du projet prévoit la procédure de désignation des candidats retenus – ils peuvent donc être plusieurs – et la communication du rejet de leur offre aux autres candidats. La désignation vaut d'emblée autorisation individuelle (de production) au sens de l'article 4 de la loi du 29 avril 1999. En cas de désistement d'une candidature ou de faillite d'un candidat retenu, le ministre qui a la politique énergétique dans ses attributions (ci-après: le ministre) peut également désigner, le cas échéant, un ou plusieurs candidats classés en moins bonne position, mais malgré tout en ordre utile (article 21).

2.2.7. L'article 22 dispose que l'arrêté (en projet), ainsi que l'arrêté ministériel de désignation (lire: l'autorisation individuelle de production) doivent être confirmés par le législateur dans les six mois de leur date d'entrée en vigueur respective.

2.2.8. L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'arrêté en projet recherche son fondement juridique à l'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999. Par ailleurs, le préambule vise également l'arrêté ministériel du [...] 'portant sur le recours à la procédure d'appel d'offres en application de l'article 5, § 2, de la loi du 29 avril 1999'. Ce dernier arrêté concerne l'arrêté motivé que le ministre doit prendre lorsqu'il constate la nécessité de recourir, au regard des critères mentionnés à l'article 5, § 2, à la procédure d'appel d'offres afin de garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité.

4.1. À la lumière des articles 7 et 8 de la directive 2009/72/CE¹, la production d'électricité est, en principe, une activité économique (faisant l'objet d'une autorisation) qui devrait être proposée spontanément par les acteurs du marché et que l'autorité surveille par la voie d'une procédure d'autorisation. L'autorité ne doit intervenir elle-même qu'à titre exceptionnel pour stimuler de nouvelles capacités supplémentaires par l'intermédiaire d'une procédure d'appel d'offres (transparente et non discriminatoire). Toutefois, ces procédures ne peuvent être lancées que si, sur la base de la procédure d'autorisation, la capacité de production à construire ou les mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande à prendre ne sont pas suffisantes pour garantir la sécurité d'approvisionnement. En outre, l'article 8 de la directive précitée prévoit une série de garanties pour éviter la discrimination et la distorsion du marché.

4.2. Ce même objectif préside aux articles 4 et 5 de la loi du 29 avril 1999. L'article 4 prévoit la procédure d'autorisation normale pour l'établissement de nouvelles installations; l'article 5 prévoit la possibilité, à l'initiative de l'autorité, de recourir à la procédure d'appel d'offres pour l'établissement de nouvelles installations lorsque la sécurité d'approvisionnement n'est pas suffisamment assurée.

4.2.1. L'article 5 de cette même loi constitue la transposition initiale de l'article 8 de la directive 2009/72/CE et fixe le cadre et les cas dans lesquels il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres (article 5, § 1^{er}). La disposition reproduit les prescriptions de base de la directive et prévoit sur le plan interne une répartition des tâches et des compétences bien définie.

4.2.2. Ainsi, l'article 5, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 charge le Roi de fixer « les modalités de la procédure d'appel d'offres ». Il s'agit ici de fixer un cadre normatif général en application duquel, si besoin est, les procédures d'appel d'offres initiées par l'autorité peuvent être suivies dans des cas concrets.

4.2.3. En application de l'article 5, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 29 avril 1999, il appartient au ministre de constater de manière motivée que les circonstances de fait sont telles que les conditions de l'article 5, § 1^{er}, sont remplies, de sorte qu'un recours à la procédure d'appel d'offres est justifié. Il s'agit en l'occurrence de l'exercice d'une compétence non réglementaire que le législateur confère directement au ministre².

¹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE'.

² Voir, à cet égard, l'avis C.E. 52.305/3 du 30 octobre 2012 sur un projet d'arrêté ministériel 'portant sur le recours à la procédure d'appel d'offres en application de l'article 5, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

4.2.4. L'article 5, § 4, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999 charge la Direction générale de l'Énergie d'établir, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres concrète, le cahier des charges et, par conséquent, de décider des options de fond concernant les nouvelles capacités souhaitées afin de garantir à nouveau la sécurité d'approvisionnement. En vertu de l'article 5, § 4bis, de cette même loi, le cahier des charges doit contenir une description détaillée des spécifications du marché, de la procédure à suivre par tous les soumissionnaires (à comparer avec une « notice d'accompagnement de l'offre ») et l'attribution du marché, y compris les incitations.

4.2.5. Eu égard au principe qu'on ne doit recourir à la procédure d'appel d'offres que dans la mesure où le fonctionnement normal du marché ne génère pas une capacité de production suffisante pour garantir la sécurité d'approvisionnement, le législateur a tenu compte du fait que des incitants (financiers) spécifiques devront être prévus pour convaincre les candidats de produire malgré tout.

Ici également, la répartition des tâches est fixée par le législateur.

Dès lors qu'il appartient à la Direction générale de l'Énergie de définir le contenu du cahier des charges concernant les incitants (*cf.* article 5, § 4, alinéa 2, et article 5, § 4bis, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999), ceux-ci sont fixés par la Direction générale.

Parallèlement, le législateur a prévu qu'il appartient au Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, de fixer les obligations de service public permettant le financement des incitants susmentionnés. Dans la mesure où ces obligations de service public peuvent, au bout du compte, être mis à la charge de l'utilisateur de réseau, les frais devront être payés, dans ce cas, par l'utilisateur, et non pas par le contribuable, ce qui permettra également d'éviter la qualification d'aide d'État³ à tout soutien éventuel.

4.2.6. Enfin, l'article 5, § 5, de la loi du 29 avril 1999 habilite directement le ministre, lors de la clôture de la procédure d'appel d'offres, à désigner le ou les candidats retenus, cette désignation valant autorisation individuelle de production d'électricité au sens de l'article 4 de cette même loi.

5. Compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus, le projet donne lieu à plusieurs observations. D'une manière générale, il faut constater qu'il ne suit pas la répartition des tâches imposée par le législateur et qu'il prévoit, en outre, un mécanisme de financement impropre.

5.1. Il faut tout d'abord constater que le projet soumis pour avis ne se limite pas à créer, d'une manière générale et abstraite, un cadre juridique pour le lancement de procédures d'appel d'offres chaque fois qu'il y a lieu de le faire et compte tenu des circonstances concrètes. En effet, il vise l'élaboration d'un régime axé sur la situation spécifique qui existe actuellement sur le marché belge. Par conséquent, il règle toutes sortes de matières qui portent sur le contenu du présent appel d'offres qui sera lancé. En outre, il ressort des pièces du dossier transmis au Conseil d'État, section de législation, que, concrètement, le cahier des charges a déjà été établi dans le cadre du présent appel d'offres envisagé (le cahier des charges est d'ailleurs joint en

³ C.J.U.E., 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, *Jur.* 2001, I-2029.

annexe à l'arrêté en projet), et le projet d'arrêté à l'examen prévoit actuellement un cadre juridique qui est à ce point spécifique qu'il ne peut s'appliquer qu'à cet appel d'offres.

5.2. Cette confusion ressort également de la mention, dans le préambule de l'arrêté en projet, de « l'arrêté ministériel du [...] portant sur le recours à la procédure d'appel d'offres en application de l'article 5, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché ». Contrairement à ce que les auteurs semblent supposer – une méprise qui était également à la base de l'irrecevabilité de la demande d'avis 52.305/3 ⁴ sur ce projet –, l'action du Roi, sur la base de l'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999, ne constitue pas une nouvelle étape de la procédure qui a été lancée par le ministre à la suite d'un problème de sécurité d'approvisionnement qu'il a constaté, après avis du gestionnaire du réseau.

5.3. En effet, les modalités de la procédure d'appel d'offres visées à l'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999 doivent constituer le cadre de procédure général dans lequel les appels d'offres peuvent être lancés par la Direction générale de l'Énergie chaque fois qu'il y a lieu de le faire, ces cas étant fixés par l'arrêté ministériel visé à l'article 5, § 2, de la loi précitée. Du point de vue constitutionnel, il peut difficilement en être autrement : de cette manière, le ministre charge en fait son administration, compte tenu de la nécessité, de lancer un appel d'offres dans le respect du cadre normatif général fixé par arrêté royal en vue d'apporter une réponse au problème de sécurité d'approvisionnement constaté. Inversement, il n'appartient toutefois pas au ministre de charger le Roi d'édicter pareil cadre normatif général à la suite d'un problème d'approvisionnement constaté à un moment déterminé.

5.4. De plus, les articles 3 et 4 n'ont pas leur place dans le projet. En effet, ces dispositions contiennent des options de fond en faveur d'une technologie déterminée qui, selon les auteurs du projet, devrait apporter une réponse au problème spécifique d'approvisionnement que le ministre a constaté – ou qu'il est à tout le moins en train de constater. Il ne s'agit donc plus ici d'aspects de procédure, mais d'options de fond stratégiques dictées par une situation de fait concrète bien définie à un moment déterminé. De cette façon, le projet ne crée pas de cadre juridique général dans lequel des appels d'offres sont lancés et des offres soumises peuvent être appréciées chaque fois qu'il y a lieu de le faire, mais il instaure un cadre qui n'est opérationnel que pour ce seul appel d'offres et qui anticipe, en outre, le cadre juridique général encore à créer.

À cet égard, on peut également se reporter aux travaux préparatoires de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999, qui attestent également le caractère lié davantage à la procédure qu'au fond des mesures que le Roi est appelé à prendre :

« La procédure doit prévoir que le cahier des charges contient la description détaillée des spécifications du marché de même que la liste exhaustive des critères qui déterminent la sélection des soumissionnaires » ⁵.

L'article 5, § 4, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 29 avril 1999 prévoit que l'arrêté royal qui détermine les modalités de la procédure d'appel d'offres doit veiller à la transparence de la procédure, « en particulier des spécifications techniques et des critères d'attribution de l'appel d'offres ». On entend par là qu'il s'agit d'une matière à régler qui doit veiller à ce que la

⁴ Avis C.E. 52.305/3 du 30 octobre 2012.

⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2004-05, n° 51-1596/001, 15.

transparence de la procédure (concrète) d'appel d'offres soit garantie. Par conséquent, le Roi peut incontestablement fixer des règles générales pour l'équivalence de normes techniques pertinentes, de règles ou de critères généraux concernant l'exclusion de candidats (par exemple en raison d'arriérés de cotisations de sécurité sociale) ou, encore, fixer des règles ou des critères d'appréciation de la capacité financière et économique de candidats, etc. Il s'agit en effet de règles qui aident à garantir l'égalité de traitement des candidats et l'accessibilité de la procédure, également pour les candidats non belges. Le Roi peut également imposer des spécifications techniques générales résultant des exigences techniques du réseau belge de transmission et de transport, qui s'appliquent en effet de manière objective à tous les opérateurs économiques et qui sont mises en œuvre lors de chaque appel d'offres⁶. Le Roi ne peut toutefois pas opérer lui-même des choix de fond dans le cadre d'appels d'offres concrets qui doivent être lancés à l'occasion d'une situation de fait bien définie à un moment déterminé, dès lors que ces choix dépendent, sur le fond, de la nature et de l'ampleur du problème ayant trait à la sécurité d'approvisionnement, problème qui ne peut être constaté que par le ministre sur avis du gestionnaire du réseau et auquel la réponse doit être apportée par l'appel d'offres et le cahier des charges proprement dits, ce qui implique dès lors une délégation à la Direction générale de l'Énergie.

5.5. L'avis de la CREG est très critique au sujet de la compatibilité de la décision d'avoir recours à une procédure d'appel d'offres et des conditions de fond proprement dites avec l'article 8 de la directive 2009/72/CE.

Pour trancher la question, il faut cependant procéder à une appréciation de fait spécifique qui excède en principe la mission du Conseil d'État, section de législation. C'est précisément pour ce motif qu'il importe au plus haut point de respecter la répartition des tâches entre le ministre, le Roi et la Direction générale de l'Énergie, évoquée ci-dessus. En effet, le problème de compatibilité avec l'article 8 de la directive 2009/72/CE n'apparaît que dans la mesure où l'arrêté en projet opère des choix de fond qui sont en relation avec la situation actuelle (ou à tout le moins prévisible) du marché belge de l'électricité. Si l'arrêté se borne à créer un cadre juridique général dans lequel la Direction générale de l'Énergie peut lancer un appel d'offres concret en réponse à un problème touchant à la sécurité d'approvisionnement constaté par le ministre, sans que des options de fond y soient prises, le problème disparaît. D'éventuelles objections tirées du droit européen concernant la question de savoir s'il est satisfait (ou non) aux conditions d'un recours à la procédure d'appel d'offres au sens de l'article 8 de la directive 2009/72/CE ne peuvent alors viser que l'arrêté ministériel qui constate le problème d'approvisionnement et l'offre de la Direction générale de l'Énergie qui y apporte une réponse. Le Conseil d'État, section de législation, n'a cependant pas de compétence d'avis au sujet de ces actes, même s'ils peuvent être attaqués devant la section du contentieux administratif par toute personne justifiant d'un intérêt.

On peut cependant observer que la répartition des tâches évoquées ci-dessus se retrouve également à l'article 8 de la directive 2009/72/CE, qui opère également une distinction entre la procédure d'appel d'offres, les critères permettant de la mettre en œuvre, et le contenu du cahier des charges. Il est difficile de considérer qu'une mesure de transposition nationale de la

⁶ Voir à cet égard, d'ailleurs, l'article 20 du projet, sur la base duquel le ministre peut encore, à l'issue de la procédure, passer outre un candidat classé favorablement, en raison de problèmes de compatibilité signalés par le gestionnaire du réseau. Voir également, *infra*, les observations à propos de l'article 20.

directive 2009/72/CE qui méconnaît cette répartition des tâches satisfait aux conditions de cette directive.

Force est dès lors de conclure que le Roi doit créer le cadre réglementaire pour la fixation des spécifications de l'appel d'offres et du cahier des charges, sans pour autant pouvoir les fixer lui-même, dès lors que c'est à la Direction générale de l'Énergie qu'il appartient de le faire.

5.6. Ensuite, le dispositif en projet concernant les incitants (financiers) n'est pas non plus conforme à la répartition des tâches voulue par le législateur et il prévoit en outre à tort des aides d'État. Selon la loi, l'appel d'offres – et donc également le cahier des charges établi par la Direction générale de l'Énergie – doit indiquer quels sont les incitants requis par la situation concrète, et il appartient au Roi, au demeurant conformément à l'article 21 de la loi du 29 avril 1999, de déterminer les éventuelles obligations de service public permettant de financer les incitants visés ci-dessus.

5.6.1. Il en résulte, tout d'abord, que ce n'est pas au Roi de déterminer le montant de l'aide qui peut être octroyée, ni comment le niveau d'aide doit être calculé. C'est en effet la Direction générale de l'Énergie qui doit en déterminer le niveau adéquat, lequel doit être mentionné dans le cahier des charges de l'appel d'offres dont il constitue un élément essentiel. L'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999 ne procure par conséquent pas de fondement juridique aux articles 5, 6, 7 et 8 du projet.

5.6.2. Il en résulte ensuite que, de surcroît, le Roi ne peut pas non plus octroyer d'aide d'État, mais, conformément à ce que prévoit l'article 21 de la loi du 29 avril 1999, qu'il doit se borner à fixer un cadre juridique général en vue d'assurer le financement par la voie d'obligations de service public.

Une telle approche est conforme à l'arrêt *PreussenElektra*⁷ de la Cour de Justice, selon lequel des mesures qui par la voie d'indemnités dues pour l'utilisation du réseau sont totalement mises à la charge des utilisateurs du réseau au titre d'indemnités pour obligations de service public, peuvent échapper aux règles normales relatives aux aides d'État parce qu'il n'y a pas de transfert de ressources publiques.

En outre, dans son récent avis 53.605/3 du 18 juillet 2013 sur la mise en réserve envisagée des certificats d'électricité écologique, la section de législation a expressément confirmé, – et ce à la lumière de l'incidence que le choix d'une aide d'État (plutôt qu'une indemnité pour des obligations de service public) a sur le budget et la qualification de la mesure au regard du droit européen –, que l'instauration d'un financement à la charge du budget requiert un fondement juridique spécifique.

Ainsi, la section de législation a considéré que le Gouvernement flamand ne pouvait pas invoquer l'article 7.5.1. du décret du 8 mai 2009 'portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie' (ci-après : décret sur l'Énergie)⁸ pour instituer un

⁷ C.J.U.E., 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. 2001, I-2029.

⁸ L'article 7.5.1 du décret sur l'Énergie dispose : « Sur avis de la VREG, le Gouvernement flamand peut imposer des obligations de service public aux fournisseurs et aux gestionnaires de réseau en matière de programmes visant à

mécanisme de financement à la charge du budget flamand en compensation des coûts de la mise en réserve des certificats d'électricité écologique et des certificats de cogénération exposés par les gestionnaires des réseaux de distribution :

(traduction) « Cette dispositions permet certes – comme telle semble être ici l'intention – d'imposer des obligations de service public aux gestionnaires des réseaux, mais il semble qu'elle repose sur l'hypothèse implicite que les coûts qui en découlent peuvent être compensés par les tarifs de distribution ⁹. Si cependant on opère un choix politique fondamentalement nouveau en optant pour un financement par les ressources générales plutôt que par la répartition des coûts, il faut le faire par décret » ¹⁰.

Ce fondement juridique fait ici défaut.

Il s'ensuit que l'article 10 du projet est également dépourvu de fondement juridique.

5.6.3. Il faut en outre observer que si le projet veut prévoir un mécanisme de financement des incitants selon des modalités correctes, à savoir en imposant des obligations de service public, il doit faire l'objet d'une délibération en Conseil des ministres, en application de l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999.

Le projet a certes été soumis au Conseil des ministres le 19 juillet 2013, ce dont le préambule devrait faire mention, mais le projet présenté à cette date comportait un régime d'aides d'État qui, comme il a été indiqué ci-dessus, ne se concilie pas avec l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999.

Par conséquent, l'instauration d'un mécanisme de financement correct exige que le projet soit une nouvelle fois soumis au Conseil des ministres, avant de l'être à nouveau, pour avis, au Conseil d'État, section de législation.

6.1. Si l'article 10 vient à disparaître, l'article 9 perd vraisemblablement aussi sa raison d'être.

Toutefois, même si une règle analogue était prévue en tant qu'élément des incitants financés par des obligations de service public, force est de constater que l'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999 ne procure pas de fondement juridique à l'instauration d'exemptions d'impôt. La disposition de l'arrêté en projet méconnaît d'ailleurs le principe de légalité inscrit à l'article 172 de la Constitution, qui exige que les exemptions d'impôt soient prévues par le législateur lui-même ¹¹. La confirmation législative que prévoit l'article 22 du projet est

promouvoir l'utilisation rationnelle de l'énergie et de sources d'énergie renouvelables, des exigences minimales en matière de l'utilisation de l'énergie rationnelle auprès de leurs clients et des investissements dans des installations de cogénération qualitative, des installations pour la production d'électricité écologique, des certificats d'électricité écologique ou des certificats de cogénération ».

⁹ Note 6 de l'avis 53.605/3 : Voir l'article 12, § 5, alinéa 1^{er}, 11°, de la loi du 29 avril 1999.

¹⁰ Avis C.E., 53.605/3 du 18 juillet 2013 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders'.

¹¹ Voir par exemple C.C., 16 juin 2011, n° 103/2011, B.7.3.

également impuissante à résoudre le problème évoqué. Même si l'on fait encore abstraction du problème relatif au fondement juridique et des autres griefs que soulèverait cette confirmation¹², il faut observer qu'il ne s'agit pas ici d'une situation dans laquelle la loi délègue certains pouvoirs spéciaux au Roi qui, une fois mis en œuvre, doivent être confirmés par la loi dans un délai déterminé, mais qu'il s'agit d'une mesure – dénuée de tout fondement juridique – que le Roi prend en chargeant le législateur de confirmer cette intervention – qu'il a effectuée sans fondement juridique – *post factum*.

6.2. Plusieurs dispositions du projet paraphrasent les paragraphes 4*bis*, 5 et 6 de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999. Il faut éviter de reproduire, de paraphraser ou de confirmer des dispositions extraites d'un texte de valeur supérieure dans un texte de valeur inférieure. Un tel procédé est non seulement superflu d'un point de vue normatif, dès lors qu'il ne crée aucune nouvelle norme, mais il est également susceptible de semer la confusion quant à la nature exacte de la prescription énoncée dans le texte de valeur inférieure, et il risque notamment de faire oublier par la suite que seul le législateur supérieur est en droit de modifier la prescription concernée. L'utilisation de ce procédé peut également semer la confusion au sujet du moment de l'entrée en vigueur de la prescription concernée.

Ce n'est que lorsque la lisibilité ou la bonne compréhension du dispositif en projet le requiert ou dans un souci de sécurité juridique, que la reproduction de dispositions de valeur supérieure peut se justifier, auquel cas on indiquera la nature des dispositions reproduites (« conformément à ... »).

Dans la mesure où il est utile de répéter, de compléter et de mettre en œuvre ces dispositions, il faut observer qu'on règle ainsi des aspects qui sont certes étroitement liés à la procédure d'appel d'offres, mais qui, à certains égards, vont également au-delà, de sorte que le préambule doit invoquer subsidiairement le pouvoir général d'exécution du Roi prévu à l'article 108 de la Constitution.

Cela semble s'imposer particulièrement au regard des dispositions relatives à la désignation d'un ou de plusieurs candidats sélectionnés et des conséquences juridiques qui y sont attachées (article 20, alinéas 4 et 5, du projet). À cet égard, on observera encore que les dispositions de l'article 5, §§ 4*bis* et 5, de la loi du 29 avril 1999 opèrent une distinction entre, d'une part, le contrat (bilatéral) qui intervient avec ces candidats à la suite de leur désignation, et d'autre part, le fait que cette désignation a (également) valeur d'autorisation (de production) individuelle (unilatérale) au sens de l'article 4 de la loi du 29 avril 1999.

6.3. L'article 15 du projet pose également problème. Les activités de surveillance dont l'article 15, alinéas 3 et 4, en projet, charge la Direction générale de l'Énergie et la CREG semblent en effet concerner le respect de l'offre pendant l'exécution du projet.

Une telle délégation de l'exercice de la surveillance par la Direction générale de l'Énergie peut trouver un fondement à l'article 108 de la Constitution, en combinaison avec l'article 5, § 6, de la loi du 29 avril 1999, eu égard à la mission de suivi qui y est prévue.

¹² Voir *infra*, observation 2.3.4 et s.

Pour la CREG, il semble cependant que cette disposition soit superflue, dès lors que ce régulateur surveille déjà tous les acteurs du marché sur le fondement de l'article 23, § 2, de la loi du 29 avril 1999, la disposition en projet ne pouvant par ailleurs pas trouver de fondement à l'article 5 de la loi précitée. Il n'en irait autrement que si on voulait recueillir un avis de la CREG concernant le respect des règles du marché dans le cadre de la recevabilité des candidatures.

6.4. Enfin, la loi du 29 avril 1999 ne procure pas de fondement juridique à l'article 22 du projet. Comme il a déjà été indiqué ci-dessus, la loi précitée ne prévoit pas une telle confirmation et le Roi ne peut pas donner d'instructions au législateur sur ce point.

6.4.1. Par ailleurs, si on négligeait de procéder à une telle confirmation, il en résulterait une insécurité juridique qui semble inconciliable avec les principes du droit des investissements, notamment avec le Traité sur la Charte de l'Énergie du 17 décembre 1994 et avec le Protocole de la Charte de l'Énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes de la même date, auxquels tant l'Union européenne que la Belgique sont parties ¹³.

6.4.2. À l'inverse, la confirmation par le législateur aurait pour effet de rendre particulièrement malaisée la contestation de la décision définitive, y compris l'appréciation de l'ensemble de la procédure au regard de la directive 2009/72/CE. Une telle approche ne se concilie pas avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne du 12 décembre 2007 (ci-après : « Charte des droits fondamentaux »).

On ne peut pas exclure que cela conduirait la Cour de Justice à décider – comme elle l'a déjà fait à propos de confirmations qui visaient à préserver la méconnaissance d'obligations en matière d'évaluation des incidences de projets sur l'environnement – que tout juge doit pouvoir apprécier la loi de confirmation et, le cas échéant, décider par conséquent d'en écarter l'application afin de permettre à nouveau un contrôle judiciaire effectif et d'également apprécier la mesure concernée sur le fond au regard du droit applicable de l'UE ¹⁴.

Une confirmation législative des décisions de désignation individuelles impliquerait que des litiges relatifs aux résultats de la procédure d'appel d'offres seraient soustraits tant au Conseil d'État, section du contentieux administratif, qu'aux tribunaux civils ordinaires. L'absence d'un accès effectif au juge, notamment en vue de contester la régularité de la procédure au regard de la directive 2009/72/CE, constitue une violation de l'article 19, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

Il faut en outre attirer l'attention sur les conséquences d'une pareille confirmation sur la cohérence du cadre légal. En effet, dès lors que l'arrêté en projet opère de nombreux choix de fond dans le cas où un besoin de constructions neuves est constaté en raison des circonstances

¹³ Voir notamment la partie III du Traité ('Promotion et protection des investissements'). Le traité prévoit un arbitrage investisseur-État par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Pour la liste complète des *investor-state dispute settlement procedures* relatifs au TCE, voir <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0>; voir également K. HOBBER, « Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty », *J Int. Disp. Settlement* (2010) 1(1): 153-190.

¹⁴ C.J.U.E., 16 février 2012 (*Solvay e.a. contre Région wallonne*), C-182/10, *Jur.* 2012, I-0000, point 52.

actuelles, spécifiquement constatées, le mécanisme de répartition des tâches que prévoit l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 s'en trouve pour ainsi dire neutralisé pour l'avenir par la technique de la confirmation. Lorsqu'un problème de sécurité d'approvisionnement sera à nouveau constaté, ni le Roi, ni le ministre, ni *a fortiori* la Direction générale de l'Énergie ne pourront encore modifier les dispositions confirmées. Il est cependant hautement improbable qu'à l'avenir, la réponse au problème spécifique d'approvisionnement consistera aussi à construire à nouveau des installations au sens des articles 3 et 4 du projet à l'examen. Il s'ensuit qu'il faudrait d'abord une intervention du législateur pour modifier l'arrêté royal confirmé, qui est entre-temps devenu une loi au sens formel, alors que la répartition des tâches que le législateur a organisée à l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 a précisément pour objectif de permettre à l'administration de disposer d'une flexibilité suffisante pour répondre au moment opportun aux besoins spécifiques qui découlent des risques qui menacent la sécurité d'approvisionnement.

Le projet d'arrêté doit être remanié fondamentalement à la lumière des développements qui précèdent. Les observations qui suivent ne sont faites que pour les besoins de ce nécessaire remaniement.

FORMALITÉS PRÉALABLES

7. Le projet mentionne à tort l'avis du gestionnaire de réseau de transport. Cet avis a en effet été donné sur la base de l'article 5, § 3, de la loi du 29 avril 1999 et concerne l'appréciation factuelle qui est à la source de l'arrêté ministériel motivé visé à l'article 5, §§ 1^{er} et 2, de la loi.

8. Si le projet est soumis en Conseil des ministres, il conviendra par ailleurs de relever qu'il ne sera, dans ce cas, pas possible de se prévaloir du régime de dispense inscrit à l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012¹⁵, de sorte qu'il y aura lieu de remplir les obligations des articles 19/1 à 19/3 de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable'¹⁶.

9. Si un financement sous forme d'une aide d'État était quand même maintenu en dépit des observations formulées aux points 5.6. et s., le projet devrait être préalablement communiqué à la Commission européenne en application de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE).

¹⁵ En effet, la dispense de l'article 2, 9°, ne s'applique qu'au cas où la délibération en Conseil des ministres n'est pas prescrite.

¹⁶ À cet égard, il est fait référence à la déclaration faite par le délégué à la suite des observations formulées sur le test EIDD dans l'avis C.E. 53.815/1/V sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité et modifiant la loi du 11 avril 2003 sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales'. Le délégué déclare : « Dans son avis 53.815/1/V le Conseil d'Etat a souligné que le test EIDD ne serait pas en conformité avec l'arrêté royal du 20 septembre 2012 précisant les catégories d'exemption ainsi que le fait que les formulaires n'auraient pas été mis à jour suite à cet arrêté royal. Je voulais vous informer que, concernant le projet de loi visé par l'avis 53.815/1/V ainsi que d'autres projets en cours d'avis au sein du Conseil d'Etat et les projets futurs, concernant les compétences du Secrétaire d'Etat, il sera veillé à corriger les éventuelles manquements et à respecter la législation en vigueur pour le test EIDD ».

Il n'y a aucune raison d'admettre que l'article 7 de la directive 2009/72/CE excluerait l'application de cette disposition, ce qui ne pourrait pas non plus être le cas pour une directive basée sur l'article 95 du Traité instituant la Communauté européenne (actuellement l'article 114 du TFUE), alors qu'aucun autre régime de dispense horizontal ou spécifique au secteur n'est invoqué¹⁷.

Par contre, si l'on choisit un financement par la voie d'obligations de service public, il serait possible que les dispositions échappent à la qualification « aide d'État » sur la base de l'arrêt *PreussenElektra*, de sorte que, dans cette hypothèse, la communication n'est pas nécessaire¹⁸. Néanmoins, eu égard à la complexité du dispositif à l'examen et aux conséquences importantes d'une communication qui n'aurait pas été opérée, à tort, il vaut mieux, même dans cette hypothèse, et par souci de sécurité juridique, prendre préalablement contact avec la Commission européenne.

Indépendamment des observations formulées quant à la nécessité de communiquer préalablement à la Commission européenne, sur la base de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, les dispositions du projet relatives aux aides d'État – s'il existe bien un fondement juridique à celles-ci – le projet sera, compte tenu de l'article 49, § 2, de la directive 2009/72/CE, communiqué dans son intégralité à la Commission européenne.

Le cas échéant, le préambule indiquera évidemment aussi que l'obligation de communication a été respectée et fera mention de la date à laquelle la Commission européenne a décidé de déclarer la mesure d'aide compatible avec le TFUE.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

10. Le projet présente par ailleurs une série de manquements légistiques qui ne peuvent pas être indiqués de manière exhaustive dans le délai imparti. On épinglera notamment l'absence de subdivisions thématiques (chapitres, sections), l'absence de scission de très longues dispositions en paragraphes, l'absence de cohérence dans l'usage de subdivisions et d'énumérations pour lesquelles, en plus, les tirets font défaut, souvent dans l'une ou l'autre langue, l'absence de cohérence dans l'usage d'abréviations (p. ex. en néerlandais IDD et IIDN, en français à chaque fois MSI), qui ne sont de surcroît pas définies, l'absence de cohérence dans la définition des éléments de formules¹⁹ ainsi que la pauvre qualité du texte néerlandais du projet.

¹⁷ Les dispenses de groupe pour la production d'énergie respectueuse de l'environnement ne semblent en tout cas pas non plus s'appliquer compte tenu du choix de la technologie et du fait qu'il est essentiellement accordé une aide à l'exploitation. Eu égard à l'ampleur de l'aide – selon l'IF entre 20 et 140 millions d'euros – aucune dispense n'est davantage possible en convertissant le régime d'aide en une compensation d'une obligation de service public dès lors que le seuil inscrit à l'article 2 de la décision 2012/21/UE (15 millions d'euros) est dépassé.

¹⁸ C.J.U.E. 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2029.

¹⁹ Ainsi, il apparaît qu'à l'article 8 du projet, au point 2, le terme Sr a été introduit et défini dans la formule pour l'année de MSI mais pas dans la formule pour chacune des années complètes de fonctionnement.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

11. Eu égard aux observations formulées sur le fondement juridique de l'arrêté en projet, il y a lieu d'ajouter dans le préambule un alinéa faisant mention de l'article 108 de la Constitution.

12. Le premier alinéa actuel, qui devient le deuxième alinéa, sera rédigé comme suit :

« Vu la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, l'article 5, § 4, alinéas 1^{er} et 3, modifié par la loi du 8 janvier 2012, l'article 5, § 4^{bis}, inséré par la loi du 8 janvier 2012, l'article 5, § 5, remplacé par la loi du 8 janvier 2012 et l'article 5, § 6, inséré par la loi du 8 janvier 2012 ; »

13. Le deuxième alinéa du préambule doit être omis eu égard aux observations formulées aux points 5.2 et 5.3.

14. Compte tenu de l'observation formulée au point 7, le troisième alinéa du préambule doit être omis.

15. Le cinquième alinéa du préambule étant un commentaire, il sera supprimé. Il est inutile de reformuler sa teneur dans un considérant puisqu'il est prévu un rapport au Roi, qui doit être publié au Moniteur belge avec l'arrêté final.

16. Les avis de l'Inspection des Finances et l'accord budgétaire doivent être mentionnés dans le préambule.

17. La délibération en Conseil des ministres doit être mentionnée, en particulier si l'on entend donner exécution à l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999, auquel cas la délibération à ce sujet doit (encore) avoir lieu. Dans ce cas, il conviendra d'également faire mention du respect des obligations imposées par la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable'.

Nouvel article 1^{er} à insérer

18. Compte tenu de l'article 49, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2009/72/CE, il y a lieu d'insérer une nouvelle disposition précisant que l'arrêté envisagé constitue la transposition de l'article 8 de la directive 2009/72/CE.

Article 1^{er}

19. La question se pose de savoir s'il ne faut pas préciser la notion de « nouvelles installations ». En effet, différentes unités de production d'électricité existantes de type TGV (turbine gaz-vapeur) sont en ce moment mises hors service, faute de rentabilité. La question est de savoir si une réouverture de ces centrales – après rénovation ou non – peut être considérée comme une « nouvelle installation ». La réponse à cette question a des conséquences plus étendues au regard des subsides envisagés. Le fonctionnement du marché risque d'être menacé s'il existe une différence de traitement pour des centrales TGV équivalentes du point de vue qualitatif selon qu'elles ont été créées ou non dans le cadre de la procédure d'appel d'offres lancée à l'initiative des autorités. Si l'on décide que les subsides sont nécessaires au maintien en activité des centrales TGV, on comprend difficilement pourquoi de tels subsides ne pourraient pas s'appliquer à des centrales existantes. À l'inverse, les propriétaires de telles centrales risquent de quitter le marché – sans que l'on puisse le leur reprocher – compte tenu des problèmes de rentabilité actuels qui pourraient s'aggraver si des concurrents ont accès au marché du fait de l'octroi de subsides. Dans ces circonstances, l'intervention des autorités dans le marché risque même d'avoir un impact négatif sur la capacité de production disponible. Les mesures proposées sont par conséquent potentiellement contraires aux dispositions du TFUE dans le domaine de la concurrence, des aides d'État et de l'intervention des autorités.

En outre, les mêmes problèmes peuvent également se traduire en droit constitutionnel belge comme d'éventuelles infractions au principe d'égalité. À tout le moins, la différence de traitement devra pouvoir se justifier tant en droit européen qu'en droit national à la lumière de critères objectifs et les mesures prises devront en outre être pertinentes et proportionnelles. C'est pour cette raison également qu'en ce qui concerne ce projet, il est recommandé de consulter préalablement la Commission européenne.

Articles 2 et 18

20. L'article 2, 3°, dispose à juste titre que l'offre doit comprendre « la liste exhaustive des critères de choix des offres, leur pondération et leur hiérarchisation, ainsi que la liste exhaustive des indications et des pièces à produire par les candidats pour permettre l'appréciation de ces critères ». Toutefois, l'article 18 en projet mentionne également que les candidatures doivent respecter « les critères de recevabilité tels que prévus par le cahier des charges ». Les conditions de recevabilité doivent cependant se distinguer expressément des critères de fond arrêtés pour la sélection de candidats ainsi que des critères fixés pour la désignation d'une offre déposée. Le projet semble dès lors ne pas établir lui-même ces conditions de recevabilité, ni prévoir une délégation destinée à la Direction générale de l'Énergie. Il conviendra par conséquent de combler cette lacune.

Il y a en outre lieu de préciser ce que recouvrent les critères de recevabilité. Il peut en effet s'agir de certaines formalités et de certains délais, p.ex. l'utilisation d'une enveloppe double, ou le caractère incomplet de la demande (p.ex. du fait que tous les documents visés à l'article 2, 3°, du projet, n'ont pas été présentés), le dépôt hors délai de la demande, etc., mais ils pourraient également concerner des critères dits d'exclusion, des motifs de fond (p.ex. absence de références qualitatives, capacité socio-économique insuffisante, ...) pour ne pas prendre en

considération un soumissionnaire déterminé. Eu égard aux conséquences importantes de la non-recevabilité ou de l'exclusion, il s'agit ici d'éléments qui touchent directement à la transparence de la procédure, à la concurrence et à l'égalité de traitement des candidats dans le cadre d'une procédure d'offre²⁰, et dont la fixation a été attribuée au Roi par l'article 5, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999. Par conséquent, il serait préférable de combler cette lacune dans le projet même plutôt que dans le cahier des charges.

Article 19

21. La Direction générale de l'Énergie est invitée à établir deux classements, à savoir, un pour les offres de cycle ouvert et un pour les offres de cycles fermé (article 19, alinéa 6), et de présenter ensuite la meilleure combinaison d'offres (article 19, alinéa 7). La procédure est alignée sur les choix de fond pour lesquels le projet opte, à tort. En outre, encore faut-il que cette disposition puisse garantir la transparence de la procédure et l'égalité des candidats. En effet, il s'agit essentiellement de deux technologies devant être distinguées l'une de l'autre (cycle ouvert et cycle fermé) de sorte que la question se pose de savoir s'il sera vraiment possible de comparer ces offres. Dans la négative, il faudra procéder à l'établissement de deux classements ; le procédé étonne et on se demande dès lors comment, dans le respect de l'égalité de traitement, on peut malgré tout arriver, sur la base de deux classements distincts, à « la meilleure combinaison d'offres en vue de l'objectif de mégawatts mentionné dans l'appel d'offres ». En effet, même si ces choix sont suffisamment motivés, cette approche risque d'écarter les projets les mieux classés afin de permettre une meilleure combinaison en faveur de projets classés moins favorablement. Si c'est cette approche qui est malgré tout retenue et dès lors qu'aux termes du projet la « meilleure combinaison » serait dans ce cas fonction de « l'objectif de mégawatts mentionné dans l'appel d'offres » (ce qui constitue un aspect essentiel de l'appel d'offres puisqu'il permet de déterminer la capacité nécessaire), cela devrait figurer dans la liste de l'article 2 du projet. À cet égard, il faudrait envisager d'opter pour une fourchette plutôt que pour un nombre précis : plus la limite est stricte, moins grandes sont les possibilités mathématiques de combiner les projets et plus élevé est le risque de voir écartés certains des projets les mieux classés.

Article 20

22. Puisque la procédure de sélection est d'abord opérée par la Direction générale de l'Énergie, il paraît plus logique de rédiger l'alinéa 1^{er} de l'article 20 comme suit :

« La Direction générale de l'Énergie transmet l'avis motivé au ministre ayant l'énergie dans ses attributions ».

Bien que la loi ne le requière pas, l'avis du gestionnaire de réseau de transport est évidemment extrêmement pertinent pour l'évaluation de la compatibilité de l'ensemble des

²⁰ C'est également la raison pour laquelle les directives d'adjudication classique sont très restrictives à l'égard de ces motifs d'exclusion, voir p. ex. l'article 24 de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, comme l'interprète la C.J.U.E. 18 décembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, *Jur.* 2008, I-9999.

projets sur le réseau d'électricité belge en fonction de leur localisation géographique. Cela est d'autant plus vrai que le projet prévoit que, sur la base de cet avis, le ministre peut déroger de manière motivée au classement établi par la Direction générale de l'Énergie. La question est dès lors de savoir si l'avis ne doit pas être recueilli plus tôt dans la procédure, à savoir avant la publication du cahier des charges afin que les spécifications techniques puissent autant que possible prévenir les problèmes de réseau. Le principe d'égalité et de transparence imposé par le droit de l'Union européenne²¹ serait renforcé si des exigences techniques cruciales susceptibles de finalement entraîner l'évincement des meilleurs candidats classés, pouvaient, dans la mesure du possible, figurer dès le départ, dans le cahier des charges afin que les candidats puissent adapter leurs propositions en conséquence et que ces éléments puissent également être pris en considération lors de l'appréciation.

Article 22

23. En ce qui concerne l'article 22, on rappellera les observations formulées aux points 6.4 à 6.4.2.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT

²¹ Article 8, paragraphe 3, troisième alinéa, de la directive 2009/72/CE. Pour des applications du principe de non-discrimination et de transparence, voir C.J.U.E. 14 juin 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, *Jur.* 2007, I-4557; C.J.U.E. 17 juillet 2008, C-347/06, *ASM Brecksia*, *Jur.* 2008, I-5641; C.J.U.E. 15 mai 2008, causes jointes C-147/06 et C-148/06, *SECAP*, *Jur.* 2008, I-3565. Voir en outre également les articles 10 et 20 du Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie auquel tant la Belgique que l'Union européenne sont parties (et qui, après les modifications apportées à l'ancien article 133 CE (actuellement l'article 207 TFUE), par le Traité de Lisbonne, doit être réputé relever depuis, pour ce qui concerne la majeure partie, des compétences exclusives de l'Union dans le domaine du commerce extérieur).