



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 54.884/3
van 20 januari 2014

avis 54.884/3
du 20 janvier 2014

over

sur

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

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

Op 20 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 7 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Lieven DENYS, assessor, 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 Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 januari 2014.

*

Le 20 décembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 7 janvier 2014. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Lieven DENYS, assesseur, 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 Jo BAERT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 janvier 2014.

*

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorlegde voorontwerp van wet bevat wijzigingen aan de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet).

In de eerste plaats worden een aantal definities toegevoegd aan artikel 2 van de Elektriciteitswet (artikel 2 van het ontwerp).

In de tweede plaats wordt de regeling inzake de meldingsplicht bij de buitenwerkingstelling van installaties voor elektriciteitsproductie, die is opgenomen in artikel 4*bis* van de Elektriciteitswet, vervangen (artikel 3 van het ontwerp). Die nieuwe regeling houdt ook een verbod in van buitenwerkingstelling van dergelijke installaties tijdens de winterperiode (van 1 november tot 31 maart).

Voorts wordt een regeling ingevoerd die de bevoorradingszekerheid tijdens de winterperiode moet veiligstellen (artikel 4 van het ontwerp, dat ertoe strekt een nieuw hoofdstuk II*bis* met het opschrift “Strategische reserve” in de Elektriciteitswet in te voegen). Die nieuwe regeling houdt in dat de netbeheerder uiterlijk op 15 november van elk jaar een probabiliteitsanalyse dient uit te voeren van de staat van de bevoorradingszekerheid voor de “komende”² winterperiode (ontworpen artikel 7*bis* van de Elektriciteitswet). Uiterlijk op 15 december van elk jaar dient de Algemene Directie Energie van de Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie aan de federale minister bevoegd voor Energie (hierna: de minister) een advies te geven over de noodzaak om een strategische reserve aan te leggen (ontworpen artikel 7*ter* van de Elektriciteitswet). Binnen een maand na de ontvangst van dit advies kan de minister aan de netbeheerder instructie geven om een strategische reserve aan te leggen (ontworpen artikel 7*quater* van de Elektriciteitswet). De netbeheerder bepaalt de nadere regels van de procedure van aanleg van de strategische reserve (inbegrepen een sanctieregeling) en start die procedure binnen een maand volgend op de instructie van de minister. Iedere speler die beschikt over vermogen gelokaliseerd in de Belgische regelzone en die voldoet aan de vooropgestelde specificaties, kan deelnemen aan de strategische reserve; bepaalde van die spelers worden zelfs verplicht om een offerte in te dienen (ontworpen artikel 7*quinquies* van de Elektriciteitswet). Binnen dertig dagen na de uiterste datum voor het indienen van de offertes rapporteert de netbeheerder over de ontvangen offertes aan de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) en aan de minister, en voegt bij zijn rapport een technisch-economisch voorstel van combinatie van de offertes. De CREG brengt hierover een advies uit en beoordeelt in dat verband of de prijs van de door de netbeheerder voorgestelde

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

² Bedoeld wordt wellicht: de winterperiode van het daaropvolgende jaar.

combinatie van offertes al dan niet manifest onredelijk is. Is dat niet het geval, dan sluit de netbeheerder de voorgestelde overeenkomsten. Is dat wel het geval, dan kan de Koning, op voorstel van de minister, vanaf 1 november van het lopende jaar en voor een bepaalde duur (minstens één, maximaal drie jaar) de prijzen en de volumes opleggen (ontworpen artikel 7^{sexies} van de Elektriciteitswet). De werkingsregels van de strategische reserve worden door de netbeheerder bepaald en hebben onder meer betrekking op de indicatoren die in overweging worden genomen om een tekortsituatie vast te stellen en op de beginselen met betrekking tot de activering door de netbeheerder van de strategische reserve. Deze werkingsregels dienen de interferenties van de strategische reserve met de werking van de gekoppelde elektriciteitsmarkten maximaal te beperken, te garanderen dat het deel van de gecontracteerde capaciteit in de strategische reserve met betrekking tot de productie slechts door de netbeheerder kan worden geactiveerd en het passend gedrag van de marktspelers te garanderen teneinde tekortsituaties te vermijden. Ze dienen ter goedkeuring aan de CREG te worden voorgelegd (ontworpen artikel 7^{septies} van de Elektriciteitswet). De kost van de strategische reserve wordt gedekt door een tarief van openbardienstverplichting, terwijl de kosten voor het beheer en de ontwikkeling ervan kunnen worden doorgerekend in de tarieven op grond van artikel 12 van de Elektriciteitswet (ontworpen artikel 7^{octies} van de Elektriciteitswet).

Ten slotte is voorzien in een aantal overgangsregels (artikel 5 van het ontwerp).

BEVOEGDHEID

3. Het ontwerp heeft in essentie betrekking op het voorzien in een mechanisme om voldoende productiecapaciteit ter beschikking te hebben, teneinde de bevoorradingszekerheid tijdens winterperiodes te vrijwaren. Dat sluit aan bij de federale bevoegdheden inzake het energiebeleid, in het bijzonder de voorbehouden aangelegenheden vermeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a en c, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Die bepalingen luiden:

“De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten:

a) Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector;

(...)

c) De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie;

(...).”

Wat de bevoegdheid voor *het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector* betreft, wordt in de voorbereidende werken van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 geen nadere uitleg gegeven. Van “het nationaal uitrustingsprogramma van de middelen tot produktie en groot transport van elektrische energie” wordt wel gewag gemaakt in artikel 3 van de wet van 5 augustus 1978 ‘houdende economische en budgettaire hervormingen’. Tot de opheffing ervan bij de Elektriciteitswet kwam die omschrijving ook voor in artikel 173, § 1, eerste lid, van de wet van 8 augustus 1980 ‘betreffende de budgettaire

voorstellen 1979-1980'. Het Grondwettelijk Hof stelde over die aangelegenheid in arrest nr. 57/95 van 12 juli 1995: "Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector beoogt, via een investeringsprogramma dat de betrekkingen tussen de verschillende produktiefactoren regelt, de behoeften inzake elektrische energie en de middelen die moeten worden aangewend om in die behoeften te voorzien, te bepalen; het ressorteert onder de bevoegdheid van de federale overheid, maar doet geen afbreuk aan de gewestbevoegdheden inzake leefmilieu." (onderdeel B.12.2 van het arrest).

Wat de bevoegdheid voor *de grote infrastructures voor de stockage, het vervoer en de productie van energie* betreft, heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld "dat de bijzondere wetgever dat bevoegdheidsvoorbehoud heeft gemaakt om de federale Staat ertoe in staat te stellen hetzij te blijven deelnemen aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, hetzij toezicht te blijven uitoefenen op de produktie, de opslag en het transport van energie en hierbij op te treden in het belang van 's lands energiebevoorrading" (arrest nr. 57/95 van 12 juli 1995, B.14.2).

VORMVEREISTEN

4. Vermits het voorzien in een strategische reserve mede in de aangelegenheid "het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector" valt in te passen, zullen de gewestregeringen moeten worden betrokken op grond van artikel 6, § 4, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Aangezien het ontwerp ook basisopties inhoudt in verband met het nationaal energiebeleid, valt het eveneens onder "de grote lijnen van het nationaal energiebeleid", waarover dient te worden overlegd met de gewestregeringen op grond artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Ingeval het voorliggende ontwerp naar aanleiding van het vervullen van deze voorafgaande vormvereisten nog mocht worden gewijzigd, zouden de gewijzigde of nieuwe bepalingen alsnog om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd

5. In een recente mededeling³ wijst de Europese Commissie erop dat overheidsinterventie door een lidstaat gevolgen heeft voor het energiebeleid van de omliggende lidstaten. Daarom vraagt de Commissie dat lidstaten hierover al vroeg bij het ontwerpen van

³ Europese Commissie, *De interne elektriciteitsmarkt tot stand brengen en daarbij overheidsinterventie zo goed mogelijk inzetten*, mededeling "C(2013) 7243 final" van 5 november 2013, p. 16: "De Commissie is van mening dat de mechanismen die de toereikendheid van de elektriciteitsproductie moeten garanderen, open moeten staan voor alle soorten capaciteit die effectief kunnen bijdragen aan het bereiken van de norm op het gebied van de voorzieningszekerheid, met inbegrip van capaciteit uit andere lidstaten. Dit kan worden bereikt op verschillende manieren die in het werkdokument van de diensten van de Commissie over de toereikendheid van de elektriciteitsproductie verder worden besproken. Lidstaten die overheidsinterventie overwegen om de toereikendheid van de elektriciteitsproductie te garanderen, wordt gevraagd al in een vroegtijdig stadium met lidstaten in hun regio samen te werken om het potentieel van de invoering van grensoverschrijdende mechanismen te onderzoeken."

dergelijke maatregelen overleg plegen, onder meer om de mogelijkheid van gezamenlijke mechanismes te onderzoeken.⁴

Uit het aan de Raad van State voorgelegde dossier kan niet worden opgemaakt dat dergelijk overleg heeft plaatsgevonden. Gelet op artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat de plicht tot loyale samenwerking inhoudt, en voor zover dit overleg inderdaad niet heeft plaatsgehad, kan dit het best alsnog gebeuren.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Bij artikel 5, lid 2, f, van richtlijn 2005/89/EG wordt het aan de lidstaten toegestaan om aanbestedingsprocedures of procedures die inzake transparantie en non-discriminatie gelijkwaardig zijn overeenkomstig “artikel 7, lid 1, van Richtlijn 2003/54/EG” (lees thans: artikel 8, lid 1, van 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’, hierna: richtlijn 2009/72/EG) te hanteren om een evenwicht tussen de elektriciteitsvraag en de beschikbare productiecapaciteit te handhaven. Artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG is de procedure voor de aanbesteding van nieuwe productiecapaciteit, zoals uitgewerkt in artikel 5 van de Elektriciteitswet. Tegen deze achtergrond moet worden besloten dat een aanbestedingsprocedure zoals bedoeld in het ontwerp principieel een met het unierecht verenigbaar instrument is om de bevoorradingszekerheid te verzekeren, maar dat daarbij bepaalde waarborgen in acht moeten worden genomen.

In dit verband moet worden vastgesteld dat de organisatie van de aanbestedingsprocedure in grote mate in handen wordt gegeven van de netbeheerder, die de offertes moet verzamelen “volgens objectieve, transparante, niet-discriminerende procedures die gebaseerd zijn op marktregels” (ontworpen artikel 7^{quinquies}, § 4, van de Elektriciteitswet). Op zich liggen die beginselen ook ten grondslag aan de aanbestedingsprocedure bedoeld in artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG (zie artikel 8, lid 3, derde lid, van die richtlijn) en vloeien ze voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake het vrij verkeer met betrekking tot niet-geharmoniseerde procedures voor overheidsopdrachten.⁵

Op basis van het ontwerp kan niet worden beoordeeld of die beginselen bij de toepassing van de regeling zullen worden nageleefd. Niettemin dient de vraag te worden opgeworpen of in het ontwerp niet dient te worden bepaald dat de werkingsregels van de strategische reserve, bedoeld in het ontworpen artikel 7^{septies} van de Elektriciteitswet, bekend

⁴ Artikel 3, lid 2, c, van richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 ‘inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen’ (hierna: richtlijn 2005/89/EG) verplicht de lidstaten trouwens bij de uitvoering van maatregelen die de elektriciteitsvoorziening moeten verzekeren, rekening te houden met de mogelijkheden van grensoverschrijdende samenwerking ten behoeve van de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening.

⁵ Voor toepassingen, zie: HvJ 14 juni 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*; HvJ 17 juli 2008, C-347/06, *ASM Brescia*; HvJ 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, *SECAP*. Zie bovendien de artikelen 10 en 20 van het verdrag ‘inzake het Energiehandvest’, gedaan te Lissabon op 17 december 1994, waar zowel België als de Europese Unie partij bij zijn (en dat, na de wijzigingen aan het oud artikel 133 van het EG-verdrag – thans artikel 207 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie – 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).

moeten zijn ten laatste op het ogenblik dat de netgebruikers en exploitanten bedoeld in het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 2, worden uitgenodigd om offertes in te dienen. Op de niet-naleving van de werkingsregels staan immers sancties (*cf.* het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 5) en de aard van de uit die regels voortvloeiende verplichtingen kan de kosten van de deelname aan de strategische reserve beïnvloeden, zodat de transparantie vereist dat de exploitanten de strekking ervan vooraf kunnen kennen.

Meer in het algemeen zouden de basiswaarborgen voor het implementeren van objectieve, transparante, niet-discriminerende procedures in de wet – of eventueel in een uitvoeringshandeling vastgesteld door de Koning – moeten worden opgenomen, in plaats van te worden geïntegreerd in de eigenlijke offerteaanvraag door de netbeheerder. Die leemte wordt het best opgevuld in het ontwerp zelf.

7. Het uitgangspunt van het ontwerp is een offerteaanvraag, waarop exploitanten en netgebruikers vrijwillig kunnen intekenen en daarbij hun voorwaarden kunnen stellen, waarop de netbeheerder al dan niet kan ingaan, en waaruit bij overeenstemming tussen beide partijen een contract tot stand komt. Er zijn echter drie aspecten van de regeling die de contracteervrijheid van de partijen beperken, en die ook interfereren met de vrijheid van ondernemerschap zoals beschermd bij artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest), dat lidstaten bij het ten uitvoer brengen van het unierecht – in dit geval de omzetting van artikel 5, lid 2, f, van richtlijn 2005/89/EG – overeenkomstig artikel 51, lid 1, van het Handvest moeten respecteren.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de hele regeling erop gericht is om bij dreigende bevoorradingsproblemen de netbeheerder te dwingen om een offerteaanvraag voor strategische reservecapaciteit uit te schrijven en de nodige overeenkomsten dienaangaande te sluiten. Het ligt echter in de aard van de activiteit van een netbeheerder, die op dat vlak een quasi-overheidsfunctie uitoefent, om het evenwicht op zijn netwerk te garanderen, zodat de bijkomende verplichtingen die op dat vlak uit dit ontwerp voortvloeien moeilijk als onevenredig kunnen worden aangemerkt, te meer daar de netbeheerder, gelet op het ontworpen artikel 7*octies* van de Elektriciteitswet, ook wordt vergoed.

In de tweede plaats strekt het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 3, van de Elektriciteitswet ertoe de exploitanten bedoeld in het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 2, 2° tot 4°, te verplichten om minstens een offerte in te dienen die de totaliteit van het vermogen van de bedoelde installatie omvat. Bijgevolg worden exploitanten van productie-installaties waarvoor het voornemen is geuit om afstand te doen van het gebruik, verplicht om op straffe van boetes in de zin van artikel 31 van de Elektriciteitswet een offerte in te dienen met de voorwaarden waaronder die installatie niettemin ter beschikking blijft van de strategische reserve. Op zich staat het de betrokken exploitanten vrij om te bepalen welke voorwaarden ze daaraan verbinden, en of ze nog andere (deel)offertes wensen in te dienen, maar niettemin worden ze gedwongen om een aanbod te doen. De logica die uit het ontwerp voortvloeit is dat de netbeheerder dat aanbod kan aanvaarden, zodat de exploitanten in kwestie dan gehouden zijn – op straffe van sancties zoals bedoeld in het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 5 – die contractuele verplichtingen ook na te komen, en dus voldoende productiecapaciteit ter beschikking te houden.

In de memorie van toelichting wordt dit als volgt verdedigd:

“Om situaties te vermijden waarbij de stopzetting of het voornemen om stop te zetten een risico vormen voor de bevoorradingszekerheid maar waarbij geen enkele van deze exploitanten antwoordt op de procedure tot het aanleggen van een strategische reserve, hebben deze exploitanten de verplichting om deel te nemen aan deze procedure. Het zou paradoxaal zijn dat een periode van tekort aan elektriciteit zich voordoet en dat, tegelijkertijd, centrales buiten werking gesteld zouden worden in België. Deze verplichting respecteert de fundamentele rechten van de producenten aangezien:

- Zij tussenkomt na de formele mededeling van het voornemen om afstand te doen, tijdelijk of definitief, van het gebruik van productiecapaciteit;
- Zij gerechtvaardigd is door de vrijwaring van het algemeen belang, te weten het behoud van een voldoende niveau voor de elektriciteitsbevoorradingszekerheid;
- Zij enkel operationele verplichtingen oplegt in het kader van een contract met de netbeheerder die het aanbiedt, ten gevolge van een aanbestedingsprocedure, de toegang tot een vergoeding die de kosten dekt en een redelijke marge.”

Op zichzelf beschouwd lijkt die maatregel inderdaad evenredig met het nagestreefde doel. De bevoorradingszekerheid is een zwaarwegende doelstelling van algemeen belang, en bovendien blijft een element van vrijwilligheid verzekerd, doordat de exploitanten zelf nog steeds bepalen onder welke voorwaarden – onder meer qua kostprijs – ze bereid zijn om, niettegenstaande de overeenkomstig het ontworpen artikel 4*bis* genotificeerde plannen om een bepaalde centrale buiten gebruik te stellen, alsnog bepaalde productiecapaciteit ter beschikking van de strategische reserve te houden.

Er moet echter worden gewezen op het effect van het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 3, in combinatie met artikel 7*sexies*, § 3, tweede lid, van de Elektriciteitswet. Indien de Commissie voor de Regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) de voorgestelde voorwaarden als manifest onredelijk kwalificeert, komt het immers aan de Koning toe om eventueel zelf prijzen en volumes op te leggen. De wijze waarop dat concreet dient te gebeuren is slechts summier geregeld, maar het resultaat is niettemin dat de exploitanten niet enkel gedwongen worden om een offerte in te dienen, maar dat zij – en blijkbaar ook de netgebruikers die bereid zijn om te participeren in het vraagzijdebeheer (zie het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 2, 1°, van de Elektriciteitswet) – gedwongen kunnen worden om deel te nemen aan de strategische reserve onder voorwaarden waarmee ze niet hebben ingestemd. Er moet worden vastgesteld dat in de memorie van toelichting zelfs geen begin van verantwoording wordt gegeven voor die verregaande interferentie met de vrijheid van ondernemerschap, de contracteervrijheid en – afhankelijk van de opgelegde voorwaarden – het recht op eigendom. Dat hoeft niet te betekenen dat een dergelijke verantwoording niet gegeven kan worden – in een bij de adviesaanvraag gevoegde studie⁶ van de CREG wordt gewezen op de inherente zwakte van het voorgenoemde mechanisme, namelijk dat het producenten in een machtspositie kan plaatsen, zodat ze onredelijke eisen zouden kunnen stellen, zodat het ontworpen artikel 7*sexies*, § 3, begrepen zou kunnen worden als een middel om dat risico te bestrijden –, maar op basis van de aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, verstrekte informatie kan deze onmogelijk beoordelen of dit volgens de stellers werkelijk de verantwoording is, en of die maatregel afdoende en proportioneel

⁶ CREG, Studie (F)121011-CDC-1182 betreffende de vergoedingsmechanismen voor de capaciteit, p. 19.

is om dat risico te bestrijden en de bevoorradingszekerheid te verzekeren. Het is dan ook raadzaam om de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

8. De maatregelen die de lidstaten nemen op basis van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/89/EG moeten, zoals in die bepaling in herinnering wordt gebracht, in lijn zijn met de regels inzake staatssteun (zie de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). In het ontworpen artikel 7*octies* wordt gekozen om de vergoeding te regelen via een tarief van openbare dienstverplichting wat de kost van de strategische reserve betreft, en via de tariefmethodologie bedoeld in artikel 12 van de Elektriciteitswet wat de beheerkosten van de netbeheerder betreft. Het gevolg is dat de vergoeding rechtstreeks ten laste van de elektriciteitsafnemers wordt gelegd en dus niet uit staatsmiddelen komt, zodat met toepassing van de leer van het arrest *PreussenElektra*⁷ aan de kwalificatie staatssteun wordt ontsnapt.

Dat neemt niet weg dat er andere opmerkingen te maken zijn bij die bepaling. Wat de kost van de strategische reserve betreft, bevat het ontwerp geen voldoende uitgewerkte regeling. De loutere bepaling dat de kost wordt gedekt “door een tarief van openbare dienstverplichting” (ontworpen artikel 7*octies* van de Elektriciteitswet), maakt niet duidelijk wie wanneer welk bedrag mag aanrekenen. In tegenstelling wat een achteloze lezer van het ontwerp zou verwachten, bestaat de vergoeding immers niet uit de prijs die in het kader van de offerteaanvraag is overeengekomen. Volgens de memorie van toelichting gaat het integendeel om een complexe berekening in functie van de overeengekomen prijs, het volume en de eventuele ontvangsten door de verkoop van elektriciteit. Dat valt echter niet uit de ontworpen bepaling af te leiden, en evenmin wordt bepaald wie wanneer op welke wijze de omvang van de vergoeding en het overeenstemmende tarief van openbare dienstverplichting zal vaststellen. In dat verband kan worden gewezen op artikel 5, § 4, derde lid, van de Elektriciteitswet, waar voor een vergelijkbare situatie wordt bepaald dat de Koning overeenkomstig artikel 21 van dezelfde wet, bij besluit vastgelegd na overleg in Ministerraad, de openbare dienstverplichtingen kan bepalen die de financiering van het desbetreffende mechanisme mogelijk maken. Voor zover in het ontwerp zelf het financieringsmechanisme niet wordt verduidelijkt, dient minstens een gelijkaardige bepaling erin te worden opgenomen.

Wat de beheerskosten betreft, wordt er terecht verwezen naar de tariefmethodologie van artikel 12. De beheerskosten van dit mechanisme horen immers bij de algemene *overheadkosten* van de transmissienetbeheerder, die ook zonder dit mechanisme al gelijkaardige studies en interventies doet in het kader van de balancerings.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voorafgaande opmerkingen

9. De tekst van het ontwerp verdient een grondig taalkundig nazicht. Zo stemmen op tal van plaatsen de Nederlandse en de Franse tekst niet met elkaar overeen en laat de kwaliteit

⁷ HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

van vooral de Nederlandse tekst soms te wensen over. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar:

- het ontworpen artikel 2, 53°, van de Elektriciteitswet (artikel 2 van het ontwerp), dat de aanduiding “LOLE59” definieert; in de Nederlandse versie wordt evenwel ten onrechte melding gemaakt van “LOLO59”;

- de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 7*sexies*, § 3: “Indien het advies van de commissie van besluit dat de offertes ...” (eerste lid) en “... voor een periode van één jaar tot de duur voorzien in de beslissing van de Minister ...” (tweede lid); in het eerste lid hebben de woorden “comme non-déraisonnable”, die voorkomen in de Franse versie, overigens geen pendant in de Nederlandse versie.

10. Aangezien het ontwerp uitvoering geeft aan richtlijn 2005/89/EG moet hiervan, zoals voorgeschreven bij artikel 8, eerste lid, tweede alinea, van die richtlijn, melding worden gemaakt in de wet. Na het eerste artikel van het ontwerp zal een artikel in die zin moeten worden toegevoegd.⁸

Artikel 4

Ontworpen artikel 7*quater*

11. In het ontworpen artikel 7*quater*, eerste lid, van de Elektriciteitswet wordt bepaald dat de minister “bij gemotiveerd besluit” instructie kan geven aan de netbeheerder. In zoverre hiermee wordt gedoeld op de verplichting tot formele motivering van de betrokken beslissing, is dergelijke bepaling tegelijk overbodig en misleidend. Ze is overbodig omdat dergelijke beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering van eenzijdige rechtshandelingen met individuele strekking reeds uit die wet voortvloeit. Ze is misleidend omdat dergelijke bepaling de indruk wekt dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven in de ontworpen wettekst.

Ontworpen artikel 7*sexies*, § 3, tweede lid

12. Zoals *sub* 7 reeds werd opgemerkt, is het door de Koning opleggen van volumes en prijzen erg summier geregeld.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat in het ontwerp niet wordt verduidelijkt dat de Koning niet een standaardprijs moet opleggen, maar veeleer per exploitant zal moeten bepalen welk volumeaandeel deze krijgt, en tegen welke prijs, waarbij die prijzen dus per producent kunnen verschillen en de Koning bovendien enkel mag afwijken van de offerteprijzen voor die prijsoffertes die volgens de CREG manifest onredelijk zijn.

⁸ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 94.1, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

Aangezien de Koning niet mag handelen in strijd met de wet, zullen na de woorden “de Koning” de woorden “niettegenstaande artikel V.2 van het Wetboek van Economisch Recht” moeten worden ingevoegd.

Ook de verdere stappen in het proces worden niet verduidelijkt. Zo blijkt niet of de netbeheerder vervolgens onder de door de Koning opgelegde voorwaarden alsnog een overeenkomst moet sluiten in de zin van artikel 7*sexies*, § 3, eerste lid, van de Elektriciteitswet, dan wel of die overeenkomst krachtens de wet geacht kan worden tot stand te zijn gekomen. Er moet in elk geval een overeenkomst tot stand worden gebracht teneinde de sancties inzake contractuele wanprestatie bedoeld in het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 5, van de Elektriciteitswet van toepassing te maken. Aangezien wellicht ook andere aspecten dan de prijs en het volume dienen te worden geregeld, zoals boetebedingen, geheimhoudingsclausules of regels over geschillenbetwisting, zal allicht een overeenkomst tussen de netbeheerder en de exploitanten moeten worden gesloten.

Ten slotte rijst de vraag of geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie van de exploitanten bedoeld in het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 2, 2° tot 4°, van de Elektriciteitswet, die een bijzondere marktmacht kunnen hebben die aanleiding kan geven tot misbruik, en de situatie van de personen bedoeld in het ontworpen artikel 7*quinquies*, § 2, 1°, die immers vrijwillig bijdragen aan het vraagzijdebeheer, en wier aanbod gemakkelijker kan worden verworpen in plaats van het op te leggen tegen andere voorwaarden. De stellers van het ontwerp zullen dit aspect van de regeling moeten herbekijken vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel.

Nieuw in te voegen artikel 7*nonies*

13. Naar analogie van het ontworpen artikel 4*bis*, § 4, van de Elektriciteitswet (artikel 3 van het ontwerp) lijkt een bepaling te moeten worden ingevoegd, die luidt:

“Art. 7*nonies*. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn niet van toepassing op de eenheden bedoeld door de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie.”

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

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis apporte des modifications à la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité).

En premier lieu, plusieurs définitions sont ajoutées à l'article 2 de la loi sur l'électricité (article 2 du projet).

En second lieu, les dispositions relatives à l'obligation d'information en cas de mise à l'arrêt d'installations de production d'électricité, inscrites à l'article 4*bis* de la loi sur l'électricité, sont remplacées (article 3 du projet). Les nouvelles dispositions prévoient également une interdiction de mise à l'arrêt de telles installations durant la période hivernale (du 1^{er} novembre au 31 mars).

En outre, l'avant-projet met en place un régime devant garantir la sécurité d'approvisionnement pendant la période hivernale (article 4 du projet, qui vise à insérer un nouveau chapitre II*bis* intitulé « Réserve stratégique » dans la loi sur l'électricité). Ce nouveau régime prévoit qu'au plus tard le 15 novembre de chaque année, le gestionnaire du réseau doit réaliser une analyse probabiliste de l'état de la sécurité d'approvisionnement pour la période hivernale « à venir » ² (article 7*bis*, en projet, de la loi sur l'électricité). Au plus tard le 15 décembre de chaque année, la Direction générale de l'Énergie du Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie doit donner au ministre fédéral qui a l'Énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) un avis sur la nécessité de constituer une réserve stratégique (article 7*ter*, en projet, de la loi sur l'électricité). Dans le mois suivant la réception de cet avis, le ministre peut donner instruction au gestionnaire du réseau de constituer une réserve stratégique (article 7*quater*, en projet, de la loi sur l'électricité). Le gestionnaire du réseau définit les modalités de la procédure de constitution de la réserve stratégique (y compris un régime de sanctions) et lance cette procédure dans le mois qui suit l'instruction du ministre. Tout acteur disposant de puissance localisée dans la zone de réglage belge et qui satisfait aux spécifications prévues, peut participer à la réserve stratégique; certains de ces acteurs sont même tenus de remettre une offre (article 7*quinquies*, en projet, de la loi sur l'électricité). Dans les trente jours suivant la date ultime de remise des offres, le gestionnaire du réseau transmet un rapport à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après CREG) et au ministre sur les offres reçues et y joint une proposition technico-économique de combinaison d'offres. La CREG donne un avis à ce sujet et apprécie à cet égard si les prix de la combinaison d'offres proposée par le gestionnaire du réseau sont manifestement déraisonnables ou non. Dans la négative, le

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

² Est sans doute visée : la période hivernale de l'année suivante.

gestionnaire du réseau conclut les contrats proposés. Dans l'affirmative, le Roi peut, sur la proposition du ministre, imposer à partir du 1^{er} novembre de l'année en cours et pour une période déterminée (minimum un an, maximum trois ans) les prix et les volumes (article 7^{sexies}, en projet, de la loi sur l'électricité). Le gestionnaire du réseau définit les règles de fonctionnement de la réserve stratégique, qui se rapportent notamment aux indicateurs pris en compte pour constater une situation de pénurie et aux principes relatifs à l'activation des réserves stratégiques par le gestionnaire du réseau. Ces règles de fonctionnement doivent limiter au maximum les interférences de la réserve stratégique avec le fonctionnement du marché interconnecté de l'électricité, garantir que la partie de la capacité contractée dans la réserve stratégique relative à la production ne peut être activée que par le gestionnaire du réseau et garantir le comportement adéquat des acteurs de marché afin d'éviter des situations de pénurie. Elles doivent être soumises à la CREG pour approbation (article 7^{septies}, en projet, de la loi sur l'électricité). Le coût de la réserve stratégique est couvert par un tarif d'obligation de service public, tandis que ses coûts de gestion et de développement peuvent être intégrés dans les tarifs sur la base de l'article 12 de la loi sur l'électricité (article 7^{octies}, en projet, de la loi sur l'électricité).

Enfin, un certain nombre de mesures transitoires sont prévues (article 5 du projet).

COMPÉTENCE

3. Pour l'essentiel, le projet vise à prévoir un mécanisme permettant de disposer de suffisamment de capacité de production afin de garantir la sécurité d'approvisionnement pendant les périodes hivernales. Cette matière relève des compétences fédérales relatives à la politique énergétique, en particulier les matières réservées mentionnées à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, a et c, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Ces dispositions s'énoncent comme suit :

« Toutefois, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, à savoir :

a) Le plan d'équipement national du secteur de l'électricité;

(...)

c) Les grandes infrastructures de stockage; le transport et la production de l'énergie;

(...) ».

En ce qui concerne la compétence relative au *plan d'équipement national du secteur de l'électricité*, les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980 n'apportent pas de précision supplémentaire. L'article 3 de la loi du 5 août 1978 'de réformes économiques et budgétaires' fait cependant état du « programme national d'équipement des moyens de production et de grand transport d'énergie électrique ». Jusqu'à son abrogation par la loi sur l'électricité, cette expression figurait également à l'article 173, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1980 'relative aux propositions budgétaires 1979-1980'. Dans l'arrêt n° 57/95 du 12 juillet 1995, la Cour constitutionnelle a considéré à ce propos : « Le plan d'équipement national du secteur de l'électricité vise à déterminer, par le biais d'un programme

d'investissement qui régit les relations entre les différents facteurs de production, les besoins en matière d'énergie électrique et les moyens à mettre en œuvre afin de rencontrer ces besoins; il relève de l'autorité fédérale, mais ne porte pas atteinte aux compétences régionales en matière d'environnement » (point B.12.2 de l'arrêt).

En ce qui concerne la compétence concernant *les grandes infrastructures de stockage, le transport et la production de l'énergie*, la Cour constitutionnelle a jugé « que le législateur spécial a conçu cette réserve de compétence pour permettre à l'État fédéral de continuer soit à prendre part à la gestion des entreprises et organismes actifs dans les secteurs, concernés, soit à exercer un contrôle dans la production, le stockage et le transport d'énergie et à y intervenir dans l'intérêt de l'approvisionnement du pays en énergie » (arrêt n° 57/95 du 12 juillet 1995, B.14.2).

FORMALITÉS

4. Étant donné que la constitution d'une réserve stratégique s'inscrit notamment dans la matière « le plan d'équipement national du secteur de l'électricité », l'article 6, § 4, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 impose d'associer les gouvernements des régions.

Dès lors que le projet comporte aussi des options de base relatives à la politique énergétique nationale, il relève également des « grands axes de la politique énergétique nationale » qui, selon l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, requiert une concertation avec les gouvernements des régions.

Dans l'hypothèse où le projet à l'examen serait encore modifié consécutivement à l'accomplissement de ces formalités préalables, il faudrait soumettre à nouveau les dispositions modifiées ou nouvelles à l'avis de la section de législation.

5. Dans une récente communication³, la Commission européenne souligne que l'intervention publique d'un État membre a des effets sur la politique énergétique des États voisins. C'est pourquoi elle invite les États membres à coopérer à ce sujet dès l'instant où de telles mesures sont envisagées, notamment en examinant la possibilité de mettre en place des mécanismes communs⁴.

³ Commission européenne, *Réaliser le marché intérieur de l'électricité et tirer le meilleur parti de l'intervention publique*, communication « C(2013) 7243 final » du 5 novembre 2013, p. 16: « La Commission est d'avis que des mécanismes visant à garantir l'adéquation de la production devraient s'appliquer à toute capacité susceptible de contribuer efficacement au niveau requis d'adéquation de la production, y compris aux capacités des autres États membres. À cet effet, plusieurs moyens sont possibles; ils sont examinés plus en détail dans le document de travail sur l'adéquation de la production. Les États membres qui envisagent une intervention publique pour garantir l'adéquation de la demande sont invités à coopérer le plus tôt possible avec les autres États membres de leur région afin d'examiner la possibilité de mettre en place des mécanismes transnationaux ».

⁴ L'article 3, paragraphe 2, c, de la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 'concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures' (ci-après : directive 2005/89/CE) impose du reste aux États membres, lorsqu'ils donnent exécution à des mesures qui visent à garantir l'approvisionnement en électricité, de tenir compte des possibilités de coopération transfrontalière en matière de sécurité de l'approvisionnement en électricité.

Le dossier soumis au Conseil d'État ne permet pas de conclure qu'une telle concertation a eu lieu. Eu égard à l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, qui implique l'obligation de coopérer loyalement, et pour autant qu'il se confirme que cette concertation n'a pas eu lieu, il est recommandé que celle-ci soit encore organisée.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. L'article 5, paragraphe 2, f, de la directive 2005/89/CE autorise les États membres à procéder à des appels d'offres ou toute procédure équivalente en termes de transparence et de non-discrimination, conformément à l'« article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/54/CE » (lire actuellement : l'article 8, paragraphe 1, de la 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', ci-après : directive 2009/72/CE) afin de maintenir l'équilibre entre la demande d'électricité et la capacité de production disponible. L'article 8 de la directive 2009/72/CE est relatif à la procédure d'appel d'offres pour la fourniture de nouvelles capacités de production, telle qu'elle est réglée à l'article 5 de la loi sur l'électricité. Dans ce contexte, il faut conclure que si une procédure d'appel d'offres, telle qu'elle est visée dans le projet, est un instrument qui se concilie en principe avec le droit de l'Union pour assurer la sécurité d'approvisionnement, il faut toutefois l'assortir de certaines garanties.

À cet égard, il faut constater que l'organisation de la procédure d'appel d'offres est en grande partie confiée au gestionnaire du réseau, qui doit rassembler les offres « selon des procédures objectives, transparentes, non discriminatoires, et reposant sur les règles du marché » (article 7*quinquies*, § 4, en projet, de la loi sur l'électricité). En soi, ces principes sous-tendent également la procédure d'appel d'offres visée à l'article 8 de la directive 2009/72/CE (voir l'article 8, paragraphe 3, alinéa 3, de cette directive) et découlent de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de libre circulation des procédures non harmonisées de marchés publics ⁵.

Le projet ne permet pas d'apprécier si ces principes seront respectés lors de l'application de la réglementation. Il faut néanmoins se demander si le projet ne devrait pas prévoir que les règles de fonctionnement de la réserve stratégique, visées à l'article 7*septies*, en projet, de la loi sur l'électricité, doivent être connues au plus tard au moment où les utilisateurs de réseau et les exploitants visés à l'article 7*quinquies*, § 2, en projet, sont invités à remettre des offres. Le non-respect des règles de fonctionnement est en effet assorti de sanctions (voir l'article 7*quinquies*, § 5, en projet) et la nature des obligations découlant de ces règles peut influencer les coûts de la participation à la réserve stratégique, de sorte que la transparence exige que les exploitants puissent en connaître la portée préalablement.

⁵ Pour des cas d'application, voir : C.J.C.E., 14 juin 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*; C.J.C.E., 17 juillet 2008, C-347/06, *ASM Brecksia*; C.J.C.E., 15 mai 2008, C-147/06 et C-148/06, *SECAP*. Voir en outre les articles 10 et 20 du traité 'sur la Charte de l'Énergie', fait à Lisbonne le 17 décembre 1994, auquel tant la Belgique que l'Union européenne sont parties (et qui, après les modifications de l'ancien article 133 du traité CE – actuellement l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – par le Traité de Lisbonne, doit, depuis lors, être réputé relever en grande partie des compétences exclusives de l'Union dans le domaine du commerce extérieur).

Plus généralement, les garanties de base de la mise en œuvre de procédures objectives, transparentes et non discriminatoires devraient être inscrites dans la loi – ou éventuellement dans un acte d'exécution arrêté par le Roi –, au lieu d'être intégrées par le gestionnaire de réseau dans l'appel d'offre proprement dit. Mieux vaudrait combler cette lacune dans le projet même.

7. À la base du projet se trouve un appel d'offres, auquel les exploitants et les utilisateurs de réseau peuvent librement souscrire et qu'ils peuvent assortir de conditions que le gestionnaire du réseau peut prendre en considération ou non, et qui, en cas d'accord des deux parties, débouche sur un contrat. Trois aspects de la réglementation limitent cependant la liberté contractuelle des parties et interfèrent également avec la liberté d'entreprise, protégée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après : la Charte), que les États membres sont tenus de respecter, conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union – en l'occurrence, la transposition de l'article 5, paragraphe 2, f, de la directive 2005/89/CE.

En premier lieu, il faut observer que l'ensemble de la réglementation vise à contraindre le gestionnaire de réseau, en cas de risque de problèmes d'approvisionnement, à lancer un appel d'offres dans le cadre de la capacité de réserve stratégique et à conclure les contrats nécessaires à cet effet. Il est cependant inhérent à l'activité d'un gestionnaire de réseau, qui exerce quasiment une fonction publique en la matière, de garantir l'équilibre sur son réseau, de sorte que les obligations supplémentaires qui, sur ce point, découlent de ce projet peuvent difficilement être qualifiées de disproportionnées, d'autant que l'article 7octies, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit que le gestionnaire du réseau est également rémunéré.

En deuxième lieu, l'article 7quinquies, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité entend obliger les exploitants visés à l'article 7quinquies, § 2, 2° à 4°, en projet, à remettre au moins une offre couvrant la totalité de la capacité de l'installation visée. Il s'ensuit que des exploitants d'installations de production, qui manifestent l'intention de renoncer à l'utilisation de celles-ci, sont tenus, sous peine d'amendes au sens de l'article 31 de la loi sur l'électricité, de remettre une offre assortie de la condition que cette installation reste néanmoins disponible pour la réserve stratégique. Si, en soi, les exploitants concernés sont libres de déterminer les conditions qu'ils y attachent et de décider s'ils souhaitent encore remettre d'autres offres (partielles), ils sont néanmoins contraints de faire une offre. Dans la logique qui résulte du projet, le gestionnaire de réseau peut accepter cette offre, de sorte que les exploitants en question sont tenus – sous peine des sanctions visées à l'article 7quinquies, § 5, en projet – de respecter également ces obligations contractuelles, et par conséquent de mettre à disposition une capacité de production suffisante.

Dans l'exposé des motifs, ce point de vue est défendu comme suit :

« Afin d'éviter des situations où des mises à l'arrêt ou des intentions de mises à l'arrêt créeraient un risque pour la sécurité d'approvisionnement mais que aucun de ces exploitants ne répondent à la procédure de constitution d'une réserve stratégique, ces exploitants ont l'obligation de participer à cette procédure. En effet, il serait paradoxal qu'une pénurie d'électricité se produise et que, dans le même temps, des centrales soient à l'arrêt en Belgique. Cette obligation respecte les droits fondamentaux des producteurs car :

- Elle intervient après la notification formelle d'une intention de renoncer, de manière temporaire ou définitive, à l'usage d'une capacité de production;
- Elle est justifiée par la préservation de l'intérêt général, à savoir le maintien d'un niveau suffisant de sécurité d'approvisionnement électrique;
- Elle n'impose d'obligations opérationnelles que dans le cadre d'un contrat avec le gestionnaire de réseau offrant, à la suite d'une procédure d'appel d'offres, l'accès à une rémunération couvrant les coûts et une marge équitable ».

En soi, cette mesure semble en effet proportionnée au but visé. La sécurité d'approvisionnement est un objectif d'intérêt général majeur et, en outre, un élément du libre consentement est assuré dans la mesure où les exploitants peuvent toujours déterminer eux-mêmes sous quelles conditions – notamment en termes de prix – ils sont disposés à mettre encore une certaine capacité de production à la disposition de la réserve stratégique, nonobstant les plans notifiés conformément à l'article 4*bis* en projet de mise à l'arrêt d'une centrale déterminée.

Il convient cependant d'attirer l'attention sur l'effet de l'article 7*quinqüies*, § 3, en projet, combiné avec l'article 7*sexies*, § 3, alinéa 2, de la loi sur l'électricité. Dans l'hypothèse où la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) qualifierait les conditions proposées de manifestement déraisonnables, c'est au Roi qu'il reviendrait en effet d'imposer éventuellement lui-même des prix et des volumes. La façon dont il doit procéder concrètement n'est réglée que sommairement, mais il en résulte néanmoins que les exploitants ne sont pas seulement contraints de remettre une offre mais peuvent aussi être contraints de participer à la réserve stratégique dans des conditions qu'ils n'ont pas acceptées – et tel serait de toute évidence aussi le cas des utilisateurs de réseau disposés à participer à la gestion de la demande (voir l'article 7*quinqüies*, § 2, 1^o, en projet, de la loi sur l'électricité). Force est de constater que l'exposé des motifs ne donne même pas un début de justification pour cette atteinte grave à la liberté d'entreprise, à la liberté contractuelle et – selon les conditions imposées – au droit de propriété. Cela ne signifie pas pour autant qu'une telle justification ne puisse être donnée – dans une étude⁶ de la CREG jointe à la demande d'avis, il est fait référence à la faiblesse inhérente du mécanisme envisagé, à savoir qu'il peut placer les producteurs en position de force, ce qui pourrait les conduire à poser des conditions déraisonnables, de sorte que l'article 7*sexies*, § 3, en projet pourrait être compris comme un moyen de lutter contre ce risque –, mais sur la base des informations fournies au Conseil d'État, section de législation, celui-ci est dans l'impossibilité d'apprécier si telle est réellement la justification des auteurs, ni si cette mesure est adéquate et proportionnée pour lutter contre ce risque et assurer la sécurité d'approvisionnement. Il est dès lors conseillé de compléter l'exposé des motifs sur ce point.

8. Les mesures prises par les États membres sur la base de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/89/CE doivent, ainsi que le rappelle cette disposition, respecter les règles en matière d'aides d'État (voir les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). L'article 7*octies* en projet choisit de régler la rémunération au moyen d'un tarif d'obligation de service public en ce qui concerne le coût de la réserve stratégique et au moyen de la méthodologie tarifaire visée à l'article 12 de la loi sur l'électricité en ce qui concerne les coûts de gestion pour le gestionnaire du réseau. Il s'ensuit que la rémunération est mise directement à la

⁶ CREG, *Étude (F)121011-CDC-1182 relative aux mécanismes de rémunération de la capacité*, p. 19.

charge des utilisateurs d'électricité et ne provient donc pas des deniers publics, de sorte qu'en application de la doctrine de l'arrêt *PreussenElektra*⁷, la qualification d'aide d'État ne s'aurait s'appliquer.

Il n'en reste pas moins que d'autres observations sont à formuler à propos de cette disposition. En ce qui concerne le coût de la réserve stratégique, le projet ne contient pas de dispositif suffisamment détaillé. La simple disposition selon laquelle le coût est couvert « par un tarif d'obligation de service public » (article 7octies en projet de la loi sur l'électricité) ne permet pas de savoir qui peut porter en compte quel montant ni à quel moment. Contrairement à ce que pourrait attendre un lecteur inattentif du projet, la rémunération n'est en effet pas constituée du prix convenu dans le cadre de l'appel d'offre. Selon l'exposé des motifs, il s'agit au contraire d'un calcul complexe qui est en fonction du prix convenu, du volume et des recettes éventuelles tirées de la vente d'électricité. Toutefois, la disposition en projet ne permet pas de le déduire, pas plus qu'il n'est précisé qui fixera le montant de la rémunération et le tarif correspondant d'obligation de service public, de quelle manière et à quel moment. À cet égard, il peut être renvoyé à l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi sur l'électricité qui dispose, pour une situation analogue, que conformément à l'article 21 de la même loi, le Roi peut déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, des obligations de service public permettant le financement du mécanisme en question. Dans la mesure où le projet même n'apporte pas de précisions concernant le mécanisme de financement, il convient au moins d'y insérer une disposition similaire.

En ce qui concerne les coûts de gestion, il est fait référence, à juste titre, à la méthodologie tarifaire de l'article 12. Les coûts de gestion de ce mécanisme font en effet partie des frais généraux *overhead* du gestionnaire du réseau de transmission qui, même sans ce mécanisme, effectue déjà des études et des interventions similaires dans le cadre de l'équilibrage.

EXAMEN DU TEXTE

Observations préliminaires

9. Le texte du projet mériterait d'être soumis à un examen approfondi sur le plan de la correction de la langue. Ainsi, les textes néerlandais et français ne concordent pas en de nombreux endroits et la qualité du texte laisse parfois à désirer, surtout en néerlandais. À titre d'exemple, on peut mentionner :

- l'article 2, 53°, en projet, de la loi sur l'électricité (article 2 du projet), qui définit la notion de « LOLE59 »; la version néerlandaise fait toutefois erronément mention de « LOLO59 » ;

- le texte néerlandais de l'article 7sexies, § 3, en projet : « Indien het advies van de commissie van besluit dat de offertes ... » (alinéa 1^{er}) et « ... voor een periode van één jaar tot de duur voorzien in de beslissing van de Minister ... » (alinéa 2); dans l'alinéa 1^{er}, les mots « comme

⁷ CJUE, 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

non-déraisonnable [lire : non déraisonnable] », qui figurent dans la version française, n'ont d'ailleurs pas de pendant dans la version néerlandaise.

10. Étant donné que le projet pourvoit à l'exécution de la directive 2005/89/CE, il faut le mentionner dans la loi, comme le prescrit l'article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive. On insérera donc un article en ce sens après l'article 1^{er} du projet ⁸.

Article 4

L'article 7^{quater} en projet

11. L'article 7^{quater}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité dispose que le ministre peut, « par décision motivée », donner instruction au gestionnaire du réseau. Si l'on vise ici l'obligation de motivation formelle de la décision concernée, cette disposition est à la fois superflue et ambiguë. Elle est superflue parce que de telles décisions sont régies par la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et que l'obligation de motivation formelle des actes unilatéraux de portée individuelle découle déjà de cette loi. Elle est ambiguë parce qu'une telle disposition donne à penser que l'obligation de motivation formelle n'existe que si elle est expressément prescrite dans le texte législatif en projet.

Article 7^{sexies}, § 3, alinéa 2, en projet

12. Ainsi qu'il a déjà été observé au point 7, la manière dont le Roi impose les volumes et les prix n'est réglée que sommairement.

En premier lieu, force est de constater que le projet ne précise pas que le Roi ne doit pas imposer de prix standard, mais qu'il devra plutôt déterminer quelle part de volume recevra chaque exploitant et à quel prix, ces prix pouvant donc varier selon les producteurs, ni que le Roi ne peut, en outre, s'écarter des prix de l'offre que pour les offres de prix que la CREG juge manifestement déraisonnables.

Étant donné que le Roi ne peut contrevenir à la loi, il y a lieu d'ajouter les mots « nonobstant l'article V.2 du Code de droit économique et » après les mots « le Roi peut, ».

Les étapes ultérieures de la procédure ne sont pas précisées non plus. Ainsi, il n'apparaît pas si par la suite, le gestionnaire du réseau doit encore conclure un contrat au sens de l'article 7^{sexies}, § 3, alinéa 3, en projet de la loi sur l'électricité, aux conditions imposées par le Roi, ou si ce contrat peut être réputé avoir été formé en vertu de la loi. En tout état de cause, il faut qu'un contrat soit établi afin de rendre applicables les sanctions en cas de mauvaise exécution des obligations contractuelles, visées à l'article 7^{quinquies}, § 5, en projet de la loi sur l'électricité. Dès lors qu'il faut sans doute régler d'autres aspects que le prix et le volume, comme

⁸ *Principes de technique législative, Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 94.1, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

les clauses de pénalités, les clauses de confidentialité ou le règlement des litiges, il faudra vraisemblablement qu'un contrat soit conclu entre le gestionnaire de réseau et les exploitants.

Enfin, la question se pose de savoir s'il ne faut pas opérer une distinction entre la situation des exploitants visées à l'article 7*quinq*ues, § 2, 2° à 4°, en projet, de la loi sur l'électricité, qui peuvent occuper une position de force particulière sur le marché qui peut donner lieu à des abus, et la situation des personnes visées à l'article 7*quinq*ues, § 2, 1°, qui contribuent en effet volontairement à la gestion de la demande et dont l'offre peut plus facilement être rejetée plutôt qu'être imposée sous d'autres conditions. Les auteurs du projet réexamineront cet aspect du dispositif au regard du principe d'égalité.

Article 7*non*ies, nouveau, à insérer

13. Par analogie avec l'article 4*bis*, § 4, en projet, de la loi sur l'électricité (article 3 du projet), il semble qu'il faille insérer une disposition qui s'énonce comme suit :

« Art. 7*non*ies. Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas aux unités visées par la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT