



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 57.057/3
van 6 maart 2015

avis 57.057/3
du 6 mars 2015

over

sur

een voorstel van wet 'tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt wat de
procedure voor sluiting van een
installatie voor
elektriciteitsproductie betreft'
(*Parl.St.* Kamer 2014-15,
nr. 54-0464/001)

un proposition de loi
'modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l'organisation du marché de
l'électricité en ce qui concerne
la procédure de fermeture
d'une installation de
production d'électricité'
(*Doc.Parl.*, Chambre, 2014-15,
n° 54-0464/001)

Op 4 februari 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorstel van wet 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt wat de procedure voor sluiting van een installatie voor elektriciteitsproductie betreft' (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0464/001).

Het voorstel is door de derde kamer onderzocht op 24 februari 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 maart 2015.

*

Le 4 février 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un proposition de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la procédure de fermeture d'une installation de production d'électricité' (*Doc.Parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-0464/001).

La proposition a été examinée par la troisième chambre le 24 février 2015. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 mars 2015.

*

STREKKING VAN HET WETSVOORSTEL

1. Het om advies voorgelegde wetsvoorstel strekt tot de vervanging van artikel 4bis van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet), dat thans voorziet in een verplichte voorafgaande aanmelding van een voorgenomen buitenwerkingstelling van een niet-nucleaire installatie voor elektriciteitsproductie. De voorgestelde regeling houdt in dat een niet-nucleaire installatie voor elektriciteitsproductie slechts tijdelijk of definitief buiten werking kan worden gesteld na het verkrijgen van een “vergunning voor buitenwerkingstelling”, die wordt verleend door de minister bevoegd voor Energie op voorstel van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG). De Koning kan op voorstel van de CREG de voorwaarden bepalen voor de vervanging van deze vergunningsplicht door een meldingsplicht voor installaties met een laag vermogen (voorgesteld artikel 4bis, § 1).

De Koning bepaalt, eveneens op voorstel van de CREG, de regels voor de toekenning van de vergunning voor buitenwerkingstelling, rekening houdend met een aantal elementen (voorgesteld artikel 4bis, § 2), alsook de procedure voor de toekenning van de vergunning (voorgesteld artikel 4bis, § 3, eerste lid). Ook het bepalen van voorwaarden voor de toekenning of de weigering van de vergunning wordt aan de Koning opgedragen (voorgesteld artikel 4bis, § 3, tweede lid).

BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE OVERHEID

2.1. Blijkens de toelichting is de voorgestelde regeling ingegeven door de bezorgdheid om te voorkomen “dat de buitenwerkingstelling van een installatie een negatieve weerslag heeft op de lokale of algemene veiligheid van het transmissienetwerk, op de transmissie- of distributietarieven (bijvoorbeeld doordat de buitenwerkingstelling dure investeringen in het netwerk vereist), op de marktprijzen (die door een verminderd aanbod kunnen stijgen) of op de bevoorradingszekerheid (energiemix)”.¹

De federale overheid ontleent haar bevoegdheid om de voorgestelde vergunningsregeling voor de buitenwerkingstelling van installaties voor elektriciteitsproductie in te voeren in beginsel en in hoofdzaak aan haar bevoegdheid voor de grote infrastructuur voor (onder meer) de productie van energie, alsook, aanvullend, aan haar bevoegdheid voor de studies over de perspectieven van energiebevoorrading en voor de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, met uitzondering van de distributienettarieven die tot de bevoegdheid van de gewesten behoren.²

2.2. De gevolgen die de voorgestelde regeling zou kunnen hebben voor de distributienettarieven waarvoor de gewesten bevoegd zijn³, zijn niet van die aard dat de

¹ Parl.St. Kamer 2014-15, nr. 54-0464/001, 3.

² Artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), c) en d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

³ Artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

uitoefening van die bevoegdheid onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt. De voorgestelde regeling draagt immers veeleer bij tot de vrijheid van de gewesten om voldoende lage distributienettarieven te kunnen vaststellen, indien zij dat wenselijk achten. De voorgestelde regeling is dus niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

2.3. Anders is het evenwel voor de gevolgen van de beoogde regeling voor de bevoegdheid van de gewesten inzake nieuwe energiebronnen.⁴ Waar de bestaande regeling enkel voorziet in een verplichte voorafgaandelijke melding van de buitenwerkingstelling van (onder meer) productie-installaties die energie opwekken op basis van hernieuwbare energiebronnen, gekoppeld aan een wachttijd, is dat niet het geval voor de beoogde regeling, waarbij die buitenwerkingstelling enkel mogelijk is na een vergunning.

In het licht van de zo-even geschetste federale bevoegdheden kan zo'n maatregel nog worden aanvaard voor dergelijke productie-installaties met een hoog vermogen, aangezien die een belangrijke rol kunnen spelen in de productie van energie en in de bevoorradingszekerheid. De uitwerking van de beoogde regeling ten aanzien van dergelijke productie-installaties met een laag vermogen, zoals relatief kleine installaties met fotonvoltaïsche panelen, is evenwel van die aard dat de uitoefening van de gewestbevoegdheid inzake nieuwe energiebronnen overdreven moeilijk wordt gemaakt. Het gegeven dat de aard van de gebruikte primaire energiebronnen een factor is die bij de beoordeling van de vergunningsaanvraag in acht moet worden genomen,⁵ doet geen afbreuk aan die vaststelling.

Om dit bevoegdheidsprobleem te verhelpen, moet de mogelijkheid waarover de Koning beschikt om installaties met een laag vermogen onder bepaalde voorwaarden vrij te stellen van een vergunningsplicht,⁶ omgevormd worden tot een verplichting, ten minste wat betreft productie-installaties die energie opwekken op basis van hernieuwbare energiebronnen.⁷

VORMVEREISTEN

3. Aangezien het wetsvoorstel basisopties inhoudt in verband met het nationaal energiebeleid, valt het onder “de grote lijnen van het nationaal energiebeleid”, waarover moet worden overlegd met de gewestregeringen op grond van artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Deze opmerking geldt des te meer, gezien de in opmerking 2.3 geschetste weerslag van de voorgestelde regeling op de bevoegdheid van de gewesten inzake nieuwe energiebronnen.

Vermits de voorgestelde regeling, die een vergunningsplicht voor de buitenwerkingstelling van installaties voor elektriciteitsproductie inhoudt, gebaseerd is op een bepaalde conceptie met betrekking tot de perspectieven van energiebevoorrading, zullen de gewestregeringen overeenkomstig artikel 6, § 4, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980

⁴ Artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁵ Voorgesteld artikel 4bis, § 2, tweede lid, 3°, van de Elektriciteitswet.

⁶ Voorgesteld artikel 4bis, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet.

⁷ Het is natuurlijk ook mogelijk om die vrijstelling van de vergunningsplicht in de wet op te nemen.

eveneens moeten worden betrokken bij de uitwerking door de federale wetgever van die conceptie (of “studie”, volgens de bewoordingen van die wetsbepaling) inzake de perspectieven van energiebevoorrading.

Voor deze overlegvereisten zal de procedure bedoeld in artikel 97 van het reglement van de Kamer van volksvertegenwoordigers moeten worden gevolgd.⁸

4. In een mededeling⁹ 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 dergelijke maatregelen overleg plegen, onder meer om de mogelijkheid van gezamenlijke mechanismes te onderzoeken.¹⁰ Gelet op artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat de plicht tot loyale samenwerking inhoudt, is het raadzaam om effectief in een vroegtijdig stadium van de parlementaire bespreking, van zodra blijkt dat de voorgestelde regeling op voldoende steun kan rekenen om effectief te worden aangenomen, dit overleg met de Europese Commissie te plegen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. De voorgestelde regeling kan tot gevolg hebben dat energieproducenten gedwongen worden om installaties voor elektriciteitsproductie verder te blijven exploiteren, ook al is die exploitatie structureel verlieslatend. In dat verband is het frappant dat in geen van de elementen die worden vermeld in het voorgestelde artikel 4bis, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet, de economische situatie van de aanvrager van de vergunning voor buitenwerkingstelling of, meer specifiek, de rentabiliteit van de betrokken installatie aan bod komt, terwijl juist die rentabiliteit voor de betrokken energieproducent maatgevend is voor beslissingen over de buitenwerkingstelling.

⁸ Deze bepaling vormt de uitvoering van artikel 6, § 8, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat voor voorstellen van wet, decreet of ordonnantie de regeling van het verloop van (onder meer) de voormelde vormen van overleg toevertrouwt aan het reglement van de assemblee waar het betrokken voorstel is ingediend.

⁹ 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.”

¹⁰ Bij 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’ worden de lidstaten trouwens verplicht 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.

In advies 54.884/3 van 20 januari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot artikel 7*quinquies*, § 3, van de Elektriciteitswet, heeft de Raad van State het volgende opgemerkt:¹¹

“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.

¹¹ Parl.St. Kamer 2013-2014, nr. 53-3357/001, 28-30.

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 studie¹² van de CREG wordt gewezen op de inherente zwakte van het voorgenomen 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 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.”

De voorgestelde regeling grijpt nog meer in de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom in dan de regeling in artikel 7^{quinquies}, § 3, in combinatie met artikel 7^{sexies}, § 3, tweede lid, van de Elektriciteitswet. Hoewel geen van beide rechten absoluut zijn, en het verzekeren van de bevoorradingszekerheid, zoals de Raad van State in het aangehaalde advies ook heeft benadrukt, een zwaarwegende doelstelling van algemeen belang is die beperkingen aan beide grondrechten kan verantwoorden, valt niet in te zien hoe een producent verplicht kan worden¹³ om de betrokken installatie te blijven gebruiken, ook al is de exploitatie verlieslatend, terwijl daar geen enkele vorm van vergoeding tegenover staat.¹⁴

De indieners van het voorstel moeten de op zich legitieme doelstellingen van het voorgestelde artikel 4^{bis}, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet en de zo-even geschetste rechten van de producenten tegen elkaar afwegen en het wetsvoorstel in dat licht herzien, waarbij ten minste zou moeten worden voorzien in een redelijke compensatie opdat niet op onevenredige wijze afbreuk zou worden gedaan aan de rechten van de producenten.

¹² Voetnoot 6 van het geciteerde advies: CREG, Studie (F)121011-CDC-1182 betreffende de vergoedingsmechanismen voor de capaciteit, p. 19.

¹³ Door middel van een administratieve boete als bedoeld bij artikel 31 van de Elektriciteitswet, bij ontstentenis van een specifieke sanctie.

¹⁴ Het risico dat een vergunning tot buitenwerkingstelling wordt geweigerd, houdt bovendien een bijkomend risico in voor elektriciteitsproducenten, dat zij in hun kosten moeten verrekenen en dat de rentabiliteit van een installatie voor elektriciteitsproductie verder kan aantasten, in het bijzonder indien voldoende goedkope energie uit het buitenland kan worden betrokken.

6. De onmogelijkheid voor elektriciteitsproducenten om bepaalde activiteiten te beëindigen zonder voorafgaande instemming van de overheid, lijkt bovendien ook op gespannen voet te staan met de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie heeft weliswaar aanvaard dat een beperking van deze vrijheid (artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)) kan worden verantwoord door de noodzaak om de bevoorradsingszekerheid te garanderen,¹⁵ maar dergelijke beperkingen moeten noodzakelijk en proportioneel zijn voor de verwezenlijking van dat doel¹⁶ en mogen zelf niet leiden tot een schending van grondrechten,¹⁷ zoals de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en het recht op eigendom (artikel 17 van het Handvest). Het wetsvoorstel doet niet blijken van enige afweging van de economische belangen van de producenten, zodat de kans op disproportionele beperkingen aan de genoemde vrijheden of rechten erg reëel is.

Het lijkt ook niet mogelijk om zich ter zake te beroepen op het precedent waarbij het Hof van Justitie ten aanzien van België de rechtvaardigingsgrond van het veiligstellen van de energiebevoorrading heeft aanvaard ten aanzien van bepaalde beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal, die voortvloeiden uit het “gouden aandeel” (*golden share*) in twee ondernemingen voor gastransport en gasvoorziening.¹⁸ In die zaak ging het immers om de beslissingsmacht binnen de netbeheerder, die het alleenrecht heeft over de basisinfrastructuur die essentieel is voor de bevoorradsingszekerheid en die precies op niet-discriminerende wijze toegang moet verlenen aan de producenten en de leveranciers, opdat op die markten vrije mededinging kan spelen. Bij de voorgestelde regeling wordt evenwel ingegrepen op de productiemarkt, waarbij inefficiënte ondernemingen verplicht kunnen worden om op de markt actief te blijven en waarbij efficiëntere ondernemingen daardoor kunnen worden ontmoedigd om de markt te betreden. Een dergelijke verstoring van de mededinging kan alleszins niet geacht worden op structurele wijze bij te dragen aan de bevoorradsingszekerheid.

7. De ontstentenis van een compensatieregeling, zoals die reeds werd bekritiseerd in de opmerkingen 5 en 6,¹⁹ klemmt des te meer nu het bestaande mechanisme voor het verzekeren van de bevoorradsingszekerheid, bedoeld in de artikelen 7ter tot 7novies van de Elektriciteitswet, meer bepaald de ermee gepaard gaande offerteprocedure, wel de mogelijkheid inhoudt om producenten te vergoeden die het voornemen hebben geuit om een centrale buiten werking te stellen, of dat al gedaan hebben, teneinde alsnog de centrale in gebruik te houden of weer op te starten. Met de voorgestelde regeling zou een ongelijke behandeling worden ingesteld tussen de producenten die een onrendabele centrale hebben gesloten, en die in het kader van de offerteprocedure willen heropstarten tegen een vergoeding, en de producenten aan wie een

¹⁵ HvJ 4 juni 2002, C-503/99, *Commissie v. België*, punt 27. Zie ook, specifiek voor de elektriciteitsmarkt, HvJ 27 april 1994, C-393/92, *Almelo e.a.*, punten 46-50 en HvJ 22 oktober 2013, C-105/12 tot C-107/12, *Essent e.a.*, punt 59.

¹⁶ HvJ 4 juni 2002, C-503/99, *Commissie v. België*, punt 28.

¹⁷ HvJ 18 juni 1991, C-260/89, *ERT*, punt 43.

¹⁸ HvJ 4 juni 2002, C-503/99, *Commissie v. België*.

¹⁹ Bovendien moet worden opgemerkt dat investeringen in de energiesector beschermd worden door het Europees Energiehandvestverdrag, waarvan de naleving door de getroffen ondernemingen kan worden afgedwongen via internationale arbitrage.

vergunning tot buitenwerkingstelling wordt geweigerd en die bijgevolg zonder vergoeding een onrendabele centrale moeten openhouden.

8. In het wetsvoorstel wordt voorbijgegaan aan de gevolgen van het vervangen van artikel *4bis*, voor de andere bepalingen van de Elektriciteitswet waarin naar (onderdelen van) dat artikel wordt verwezen, in het bijzonder voor de artikelen *7bis*, § 4, eerste lid, 1°, en *7quinquies*, § 2, 3° en 4°.

Wat artikel *7bis*, § 4, eerste lid, 1°, van de Elektriciteitswet betreft, kan dit probleem worden opgelost door de woorden “de ontvangen mededelingen in toepassing van artikel *4bis*” te vervangen door de woorden “de ontvangen aanvragen met toepassing van artikel *4bis*, § 3”.

In het geval van artikel *7quinquies*, § 2, 3° en 4°, van de Elektriciteitswet zou men eveneens kunnen verwijzen naar de aanvraag bedoeld in artikel *4bis*, § 3, ware het niet dat artikel *7quinquies*, § 2, 3°, in essentie betrekking heeft op producenten die hebben aangekondigd hun productie te beëindigen en die worden aangemoedigd om tegen vergoeding van dat voornemen af te zien, in de wetenschap dat zij – volgens de thans geldende regeling – niet verplicht kunnen worden om hun productie voort te zetten. Artikel *7quinquies*, § 2, 4°, heeft betrekking op gevallen waar die productie al effectief is stilgelegd. Terwijl de producent op grond van het huidige artikel *4bis* zelf een datum kan bepalen waarop hij zijn installatie buiten werking stelt, waarna hij in aanmerking kan komen voor deelname aan de offertes voor de aanleg van de strategische reserve, zal de datum die eventueel wordt vermeld op de aanvraag tot buitenwerkingstelling volgens de voorgestelde regeling, niet noodzakelijk overeenstemmen met de datum waarop de buitenwerkingstelling effectief zal kunnen plaatsvinden, als die aanvraag al wordt ingewilligd. Producenten aan wie een vergunning voor buitenwerkingstelling wordt geweigerd, of die op de door hen in de aanvraag vooropgestelde datum voor buitenwerkingstelling nog niet over een vergunning beschikken, zouden door een eenvoudige verwijzing naar de aanvraag bedoeld in artikel *4bis*, § 3, niet in aanmerking komen voor deelname aan het offertesysteem en zouden dan verplicht kunnen zijn om de installatie te blijven gebruiken zonder vergoeding. Een meer inhoudelijke afstemming van het nieuwe artikel *4bis* op artikel *7quinquies*, § 2, 3° en 4°, is dan ook noodzakelijk om het zo-even geschetste probleem te vermijden.

Dat probleem kan overigens niet worden opgelost door de producenten in alle omstandigheden te laten deelnemen aan de offertes voor de aanleg van de strategische reserve. Die offertes hebben immers enkel betrekking op winterperiodes waarin een bevoorradingstekort dreigt, terwijl de weigering van een vergunning voor buitenwerkingstelling impliceert dat men ook buiten die periodes de betrokken installatie in gebruik moet laten. Een ruimer compensatiemechanisme, dat ook de andere perioden van het jaar dekt, is dan ook noodzakelijk.

9. Het voorgestelde artikel *4bis*, § 3, tweede lid, van de Elektriciteitswet voorziet in de mogelijkheid om voorwaarden te stellen aan de toekenning of de weigering van de vergunning voor buitenwerkingstelling.

De Raad van State kan zich niet goed voorstellen welke voorwaarden zouden kunnen worden verbonden aan een weigering. Indien die voorwaarden belastend zijn, zou de producent er immers baat bij hebben om geen aanvraag in te dienen, hetgeen een onevenredig gevolg zou zijn. Misschien doelen de indieners van het voorstel toch enkel op voorwaarden die worden verbonden aan de toekenning van de vergunning, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid dat een latere datum voor de buitenwerkingstelling wordt toegestaan dan de aangevraagde datum, maar dan kan niet worden bepaald dat voorwaarden kunnen worden verbonden aan de weigering.

Indien het daarentegen de bedoeling is dat de voorwaarden verbonden aan een weigering kunnen neerkomen op een vorm van compensatie, waarvan de noodzaak reeds werd uiteengezet in de opmerkingen 5 tot 7, moet dit nader worden uitgewerkt.

10. Indien de indieners van het voorstel, om tegemoet te komen aan de hiervoor geuite kritiek, alsnog voorzien in een compensatieregeling, moet gewaakt worden over de verenigbaarheid van dat vergoedingsmechanisme met de regels op het gebied van staatssteun. Daarvoor zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het mechanisme bedoeld in artikel 7octies van de Elektriciteitswet, waarvan kan worden geargumenteed dat het aan de regels betreffende staatssteun ontsnapt op basis van de redenering die het Hof van Justitie volgde in het arrest *PreussenElektra*.²⁰ Omdat de toepasbaarheid van die redenering in dit geval evenwel niet bij voorbaat vaststaat, is het uiterst raadzaam om een voorgenomen compensatieregeling bij de Europese Commissie aan te melden met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU, teneinde elke twijfel over het bestaan van staatssteun,²¹ dan wel de verenigbaarheid ervan in het licht van artikel 106, lid 2, van het VWEU²² of artikel 107, lid 3, van het VWEU, weg te nemen.

11. In de toelichting bij het voorstel wordt vermeld dat de aanvraag minstens achttien maanden vóór de buitenwerkingstelling zou moeten gebeuren, maar hiervan wordt geen gewag gemaakt in de tekst van het voorstel. Indien de indieners van het voorstel de tekst in die zin wensen aan te vullen, moeten zij rekening houden met het gegeven dat die datum mogelijkerwijze ook van belang kan zijn bij de afstemming van de voorgestelde regeling op de artikelen 7bis, § 4, eerste lid, 1°, en 7quinquies, § 2, 3° en 4°, van de Elektriciteitswet, zoals reeds is uiteengezet in opmerking 8.

²⁰ HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*. In die zaak ging het om het lenigen van de financiële last die voortvloeit uit de verplichting om uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen tegen minimumprijzen die hoger zijn dan de werkelijke economische waarde van dit soort elektriciteit.

²¹ In dat verband moet worden opgemerkt dat het arrest *PreussenElektra* recent werd genuanceerd in het arrest *Vent de Colère!* (HvJ 19 december 2013, C-262/12, *Association Vent de Colère!*).

²² HvJ 27 april 1994, C-393/92, *Almelo e.a.*, punten 46-50.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voorgesteld artikel 4bis, § 2, eerste lid

12. Bij het bepalen van de regels voor de toekenning van de vergunning voor buitenwerkingstelling moet de Koning erop toezien dat bij de beslissing over een dergelijke vergunning voor een thermische centrale of een andere verbrandingsinstallatie met een vermogen van 300 megawatt, of van een nucleaire installatie, de vereisten van het Verdrag van 25 februari 1991 'inzake milieueffectrapportage in grensoverschrijdend verband' (Verdrag van Espoo) worden nageleefd.

Voorgesteld artikel 4bis, § 3, tweede lid

13. Onverminderd hetgeen reeds in opmerking 9 is uiteengezet, blijkt uit het voorgestelde artikel 4bis, § 3, tweede lid, van de Elektriciteitswet niet duidelijk of de erin vermelde delegatie betrekking heeft op elk individueel geval, dan wel op regels die de Koning ter zake kan vaststellen. Dit moet worden verduidelijkt.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

1. La proposition de loi soumise pour avis tend à remplacer l'article 4bis de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité), qui prévoit actuellement l'obligation de notifier au préalable une mise à l'arrêt planifiée d'une installation non nucléaire de production d'électricité. Le dispositif proposé implique qu'une installation non nucléaire de production d'électricité ne peut être mise à l'arrêt temporairement ou définitivement qu'après l'obtention d'une « autorisation de mise à l'arrêt », accordée par le ministre qui a l'Énergie dans ses attributions sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG). Sur proposition de la CREG, le Roi peut définir les conditions auxquelles cette obligation d'obtention d'une autorisation peut être remplacée par une obligation de notification pour les installations de faible puissance (article 4bis, § 1^{er}, proposé).

Toujours sur proposition de la CREG, le Roi fixe les critères d'octroi de l'autorisation de mise à l'arrêt, compte tenu de certains éléments (article 4bis, § 2, proposé), ainsi que la procédure d'octroi de l'autorisation (article 4bis, § 3, alinéa 1^{er}, proposé). Il est également laissé au Roi le soin de définir les conditions d'octroi ou de refus d'octroi de l'autorisation (article 4bis, § 3, alinéa 2, proposé).

COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ FÉDÉRALE

2.1. Selon l'exposé des motifs, le texte proposé est dicté par le souci d'éviter « que des mises à l'arrêt d'installation aient un impact négatif sur la sécurité locale ou générale du réseau de transport, sur les tarifs de transport ou de distribution (par exemple, si des investissements coûteux dans le réseau sont rendus nécessaires par la mise à l'arrêt), sur les prix du marché (une diminution de l'offre pouvant influencer les prix à la hausse), ou sur la sécurité d'approvisionnement (mix énergétique) »¹.

En principe, l'autorité fédérale tire essentiellement son pouvoir d'instaurer le régime d'autorisations proposé pour la mise à l'arrêt d'installations de production d'électricité de sa compétence relative aux grandes infrastructures de production d'énergie (notamment), et, accessoirement, de sa compétence en matière d'études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie et des tarifs, en ce compris la politique des prix, à l'exception des tarifs des réseaux de distribution, qui relèvent de la compétence des régions².

2.2. L'impact potentiel du dispositif proposé sur les tarifs des réseaux de distribution, pour lesquels les régions sont compétentes³, n'est pas de nature à rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de cette compétence. En effet, le dispositif proposé contribue plutôt à la liberté des régions de pouvoir fixer des tarifs de réseaux de distribution suffisamment bas si elles l'estiment souhaitable. Le dispositif proposé n'est donc pas contraire au principe de proportionnalité.

¹ Doc. parl., Chambre, 2014-15, n° 54-0464/001, p. 3.

² Article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, a), c) et d), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

³ Article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980.

2.3. Toutefois, il en va autrement des conséquences du régime envisagé sur la compétence des régions en matière de sources nouvelles d'énergie⁴. Si le dispositif actuel ne prévoit qu'une obligation de notifier au préalable la mise à l'arrêt concernant, notamment, des installations qui produisent de l'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables, avec un délai d'attente, tel n'est pas le cas du dispositif visé, en vertu duquel cette mise à l'arrêt n'est possible qu'après autorisation.

À la lumière des compétences fédérales précitées, pareille mesure peut encore être admise pour de telles installations de production de forte puissance, dès lors qu'elles peuvent jouer un rôle important dans la production d'énergie et dans la sécurité d'approvisionnement. L'incidence du dispositif visé sur ce type d'installations de production de faible puissance, telles que les installations relativement petites équipées de panneaux photovoltaïques, est toutefois de nature à rendre exagérément difficile l'exercice de la compétence régionale en matière de sources nouvelles d'énergie. Le fait que la nature des sources d'énergie primaires utilisées constitue un critère à prendre en considération lors de l'examen de la demande d'autorisation⁵ ne remet pas en cause cette constatation.

Afin de résoudre ce problème de compétence, il faut convertir en une obligation la possibilité dont dispose le Roi de dispenser, sous certaines conditions, les installations de faible puissance de l'obligation d'obtenir une autorisation⁶, à tout le moins en ce qui concerne les installations de production d'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables⁷.

FORMALITÉS

3. Dès lors que la proposition de loi comporte des options de base relatives à la politique énergétique nationale, elle relève des « grands axes de la politique énergétique nationale » qui, selon l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', requiert une concertation avec les gouvernements des régions. Cette observation est d'autant plus pertinente compte tenu de l'incidence du texte proposé sur la compétence des régions en matière de sources nouvelles d'énergie, décrite au point 2.3.

Le dispositif proposé, qui contient une obligation d'obtention d'autorisation pour la mise à l'arrêt d'installations de production d'électricité, étant fondé sur une certaine conception des perspectives d'approvisionnement en énergie, les gouvernements régionaux, conformément à l'article 6, § 4, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 devront, eux aussi, être associés à l'élaboration, par le législateur fédéral, de cette conception (ou « étude », pour reprendre la formulation de cette disposition légale) relative aux perspectives d'approvisionnement en énergie.

⁴ Article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁵ Article 4bis, § 2, alinéa 2, 3°, proposé, de la loi sur l'électricité.

⁶ Article 4bis, § 1^{er}, alinéa 2, proposé, de la loi sur l'électricité.

⁷ Il est bien entendu également possible d'inclure cette exemption de l'obligation d'obtenir une autorisation dans la loi.

En ce qui concerne ces exigences de concertation, il conviendra de suivre la procédure visée à l'article 97 du règlement de la Chambre des représentants ⁸.

4. Dans une communication ⁹, 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 communs ¹⁰. Eu égard à l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, qui implique l'obligation de coopérer loyalement, il est conseillé d'effectivement consulter la Commission européenne à un stade précoce de la procédure parlementaire, c'est-à-dire dès qu'il s'avérera que la réglementation proposée dispose d'un fondement suffisant pour être effectivement acceptée.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Le dispositif proposé peut avoir pour effet de contraindre des producteurs d'énergie à continuer à exploiter des installations de production d'électricité bien que ladite exploitation soit structurellement déficitaire. À cet égard, il est frappant de constater qu'aucun des éléments mentionnés dans l'article 4bis, § 2, alinéa 2, proposé, de la loi sur l'électricité ne prenne en compte la situation économique du demandeur de l'autorisation de mise à l'arrêt ou, plus spécifiquement, la rentabilité de l'installation en question, alors que pour le producteur d'énergie concerné, c'est précisément cette rentabilité qui est déterminante dans ses décisions relatives à la mise à l'arrêt.

Dans l'avis 54.884/3 du 20 janvier 2014 sur un avant-projet devenu l'article 7quinquies, § 3, de la loi sur l'électricité, le Conseil d'État a formulé l'observation suivante ¹¹ :

« 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

⁸ Cette disposition met en œuvre l'article 6, § 8, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui, pour les propositions de loi, de décret ou d'ordonnance, renvoie au règlement de l'assemblée devant laquelle la proposition en question est déposée pour régler le déroulement des formes de concertation précitées (notamment).

⁹ 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 ».

¹⁰ 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' 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.

¹¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 53-3357/001, pp. 28-30.

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 7^{quinquies}, § 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^{quinquies}, § 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^{quinquies}, § 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 étude¹² de la CREG jointe à la demande d'avis, il est fait référence à la

¹² Note 6 de l'avis cité : CREG, Étude (F)121011-CDC-1182 relative aux mécanismes de rémunération de la capacité, p. 19.

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 7sexies, § 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 ».

Le dispositif proposé affecte davantage encore la liberté d'entreprise et le droit de propriété que le régime prévu à l'article 7quinquies, § 3, combiné avec l'article 7sexies, § 3, alinéa 2, de la loi sur l'électricité. Bien qu'aucun des deux droits ne soit absolu et qu'assurer la sécurité d'approvisionnement, comme le Conseil d'État l'a également souligné dans l'avis cité, constitue un objectif d'intérêt général majeur pouvant justifier des restrictions à ces deux droits fondamentaux, on n'aperçoit pas comment un producteur peut être contraint¹³ de continuer à utiliser l'installation concernée, bien que l'exploitation fût déficitaire, alors qu'aucune forme d'indemnité n'est proposée en compensation¹⁴.

Les auteurs de la proposition doivent mettre en balance les objectifs, en soi légitimes, de l'article 4bis, § 2, alinéa 2, proposé, de la loi sur l'électricité et les droits des producteurs précités et réexaminer la proposition de loi à la lumière de cette mise en balance, en prévoyant au moins une compensation raisonnable afin de ne pas affecter les droits des producteurs de manière disproportionnée.

6. L'impossibilité pour les producteurs d'électricité de mettre un terme à certaines activités sans autorisation préalable de l'autorité semble en outre se heurter également au principe de la liberté d'établissement. La Cour de justice a certes accepté qu'une restriction à cette liberté (article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE)) puisse se justifier par la nécessité de garantir la sécurité de l'approvisionnement¹⁵, mais pareilles restrictions doivent être nécessaires et proportionnées quant à la réalisation de cet objectif¹⁶ et ne peuvent donner lieu à une violation de droits fondamentaux¹⁷, comme la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne) et le droit de propriété (article 17 de la Charte). La proposition de loi ne fait montre d'aucune mise en balance des intérêts économiques des producteurs, si bien que le risque de restrictions disproportionnées aux libertés ou droits précités est bien réel.

¹³ Au moyen d'une amende administrative visée à l'article 31 de la loi sur l'électricité, à défaut de sanction spécifique.

¹⁴ Le risque qu'une autorisation de mise à l'arrêt soit refusée comporte en outre pour les producteurs d'électricité un risque supplémentaire qu'ils devront imputer dans leurs frais et qui peut affecter davantage encore la rentabilité d'une installation de production d'électricité, en particulier si l'on peut faire appel à de l'énergie suffisamment bon marché provenant de l'étranger.

¹⁵ C.J.U.E., 4 juin 2002, C-503/99, *Commission c. Belgique*, point 27. Voir aussi, spécifiquement pour le marché de l'électricité, C.J.U.E., 27 avril 1994, C-393/92, *Almelo e.a.*, points 46-50 et C.J.U.E., 22 octobre 2013, C-105/12 à C-107/12, *Essent e.a.*, point 59.

¹⁶ C.J.U.E., 4 juin 2002, C-503/99, *Commission c. Belgique*, point 28.

¹⁷ C.J.U.E., 18 juin 1991, C-260/89, *ERT*, point 43.

Il ne semble pas possible non plus de se baser en l'espèce sur le précédent dans lequel la Cour de justice a accepté de considérer à l'égard de la Belgique la sécurité de l'approvisionnement en énergie comme un motif justifiant certaines restrictions à la libre circulation des capitaux, qui trouvaient leur origine dans une « action spécifique » (*golden share*) de deux entreprises du secteur du transport et de la distribution du gaz¹⁸. Dans cette affaire, il était en effet question du pouvoir de décision au sein du gestionnaire du réseau, qui jouit d'un droit exclusif en ce qui concerne les infrastructures de base essentielles pour la sécurité de l'approvisionnement et qui doit précisément accorder de manière non discriminatoire un accès aux producteurs et aux fournisseurs, et ce afin que la libre concurrence puisse pleinement opérer sur ces marchés. Le dispositif en projet intervient cependant au niveau de la production, de sorte que des entreprises inefficaces peuvent être contraintes de rester actives sur le marché, ce qui peut dès lors décourager des entreprises plus efficaces de se lancer sur le marché. Semblable distorsion de la concurrence ne peut, en tout état de cause, être supposée contribuer de manière structurelle à la sécurité de l'approvisionnement.

7. L'absence d'un régime de compensation, qui a déjà été critiquée aux observations 5 et 6¹⁹, est d'autant plus prégnante que le mécanisme existant en vue de garantir la sécurité de l'approvisionnement, visé aux articles 7^{ter} à 7^{novies} de la loi sur l'électricité, et plus précisément la procédure d'appel d'offres qui y est associée, prévoit bien la possibilité d'indemniser les producteurs qui ont exprimé l'intention de mettre une centrale à l'arrêt, ou qui l'ont déjà fait, afin qu'ils maintiennent la centrale en fonctionnement ou qu'ils la remettent en service. Le dispositif proposé instaurerait une inégalité de traitement entre les producteurs qui ont fermé une centrale non rentable et qui désireraient reprendre leur activité dans le cadre de la procédure d'appel d'offres et bénéficier ainsi d'une indemnisation et les producteurs auxquels on aurait refusé une autorisation de mise à l'arrêt et qui seraient par conséquent forcés de continuer à faire fonctionner une centrale non rentable.

8. La proposition de loi ne tient pas compte des conséquences du remplacement de l'article 4^{bis} pour les autres dispositions de la loi sur l'électricité faisant référence à cet article (ou à des parties de celui-ci), notamment pour les articles 7^{bis}, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, et 7^{quinqies}, § 2, 3^o et 4^o.

En ce qui concerne l'article 7^{bis}, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi sur l'électricité, ce problème peut être résolu en remplaçant les mots « des notifications reçues en application de l'article 4^{bis} » par les mots « des demandes reçues en application de l'article 4^{bis}, § 3 ».

Dans le cas de l'article 7^{quinqies}, § 2, 3^o et 4^o, de la loi sur l'électricité, il pourrait également être fait référence à la demande visée à l'article 4^{bis}, § 3, si ce n'est que l'article 7^{quinqies}, § 2, 3^o, concerne essentiellement des producteurs qui ont annoncé mettre un terme à leur production et qui sont encouragés à renoncer à cette décision contre indemnisation, sachant que – selon la réglementation en vigueur actuellement – ils ne peuvent être contraints de

¹⁸ C.J.U.E., 4 juin 2002, C-503/99, *Commission c. Belgique*.

¹⁹ En outre, il y a lieu d'observer que les investissements dans le secteur de l'énergie sont protégés par le Traité sur la Charte européenne de l'énergie que les entreprises lésées peuvent faire respecter par la voie de l'arbitrage international.

poursuivre leur production. L'article 7^{quiquies}, § 2, 4°, concerne des cas où cette production a déjà effectivement cessé. Bien que sur la base de l'actuel article 4^{bis}, le producteur puisse déterminer lui-même une date à laquelle il va mettre son installation à l'arrêt, ce qui lui permettra ensuite de remettre une offre pour la constitution des réserves stratégiques, la date qui est éventuellement mentionnée sur la demande de mise à l'arrêt ne coïncidera pas forcément, selon le dispositif proposé, avec la date à laquelle la mise à l'arrêt pourra effectivement avoir lieu, du moins si cette demande est acceptée. Une simple référence à la demande visée à l'article 4^{bis}, § 3, ne permettrait pas aux producteurs à qui une autorisation de mise à l'arrêt est refusée ou qui ne disposent pas encore d'une autorisation à la date qu'ils ont prévue dans la demande pour la mise à l'arrêt, d'entrer en ligne de compte pour une participation au système d'offres et ils pourraient alors être contraints de continuer à utiliser les installations sans indemnisation. Une meilleure harmonisation du nouvel article 4^{bis} avec l'article 7^{quiquies}, § 2, 3° et 4°, sur le plan du contenu est dès lors nécessaire afin d'éviter le problème décrit ci-dessus.

Ce problème ne peut en outre être résolu en laissant les producteurs participer en toutes circonstances aux offres pour la constitution des réserves stratégiques. En effet, ces offres ne concernent que les périodes hivernales caractérisées par un risque de pénurie, alors que le refus d'une autorisation de mise à l'arrêt implique que l'on doive également faire fonctionner l'installation concernée en dehors de ces périodes. Il est donc nécessaire de prévoir un mécanisme de compensation plus étendu, qui couvre aussi les autres périodes de l'année.

9. L'article 4^{bis}, § 3, alinéa 2, proposé de la loi sur l'électricité prévoit la possibilité d'assortir l'octroi ou le refus d'octroi de l'autorisation de mise à l'arrêt de conditions.

Le Conseil d'État ne peut guère concevoir quelles sont les conditions qui pourraient être associées à un refus. Si ces conditions sont préjudiciables, le producteur aurait intérêt à ne pas introduire de demande, ce qui entraînerait des conséquences disproportionnées. Il se peut que les auteurs de la proposition ne visent en définitive que les conditions assorties à l'octroi de l'autorisation, comme la possibilité de voir accepter une date ultérieure à celle demandée pour la mise à l'arrêt, mais dans ce cas, le projet ne peut disposer que des conditions peuvent être assorties au refus d'octroi.

Si, par contre, l'intention est de pouvoir ramener les conditions liées à un refus à une forme de compensation, dont la nécessité a déjà été exposée dans les observations 5 à 7, il convient de le préciser.

10. Si les auteurs de la proposition prévoient un régime de compensation, afin de répondre aux critiques formulées ci-dessus, il faudra veiller à ce que ce mécanisme d'indemnisation soit compatible avec les règles en matière d'aides d'État. L'on pourrait à cet effet s'inspirer du mécanisme visé à l'article 7^{octies} de la loi sur l'électricité, à propos duquel l'on peut soutenir qu'il échappe aux règles relatives aux aides d'État sur la base du raisonnement suivi par la Cour de justice dans l'arrêt *PreussenElektra*²⁰. Étant donné qu'en l'espèce,

²⁰ C.J.U.E., 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*. Dans cette affaire, il était question d'alléger la charge financière découlant de l'obligation d'acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à la valeur économique réelle de ce type d'électricité.

l'applicabilité de ce raisonnement n'est cependant pas acquise d'avance, il est vivement conseillé de notifier un régime de compensation envisagé à la Commission européenne en application de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, dans le but de dissiper tout doute quant à l'existence d'une aide d'État²¹ ou quant à la compatibilité de celle-ci à la lumière de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE²² ou de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE.

11. Les développements de la proposition précisent que la demande devrait avoir lieu au moins dix-huit mois avant la mise à l'arrêt, mais le texte de la proposition n'en fait pas mention. Si les auteurs de la proposition souhaitent compléter le texte en ce sens, il devront tenir compte du fait que cette date peut également avoir de l'importance au cas où le régime proposé serait mis en adéquation avec les articles 7bis, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, et 7quinquies, § 2, 3^o et 4^o, de la loi sur l'électricité, ainsi que cela a déjà été exposé au point 8.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4bis, § 2, alinéa 1^{er}, proposé

12. Lors de la détermination des règles relatives à l'octroi de l'autorisation de mise à l'arrêt, le Roi devra veiller à ce que les exigences de la Convention du 25 février 1991 'sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière' (Convention d'Espoo) soient respectées dans le cadre de la décision portant sur une telle autorisation concernant une centrale thermique ou une autre installation de combustion avec d'une production de 300 mégawatts ou une installation nucléaire.

Article 4bis, § 3, alinéa 2, proposé

13. Sans préjudice de l'observation déjà formulée au point 9, on n'aperçoit pas clairement dans l'article 4bis, § 3, alinéa 2, proposé de la loi sur l'électricité si la délégation qu'il contient concerne chaque cas pris individuellement ou des règles que le Roi peut fixer en la matière. Il conviendra de préciser ce point.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

²¹ Il y a lieu d'observer à cet égard que l'arrêt *PreussenElektra* a récemment été nuancé dans l'arrêt *Vent de Colère!* (C.J.U.E., 19 décembre 2013, C-262/12, *Association Vent de Colère!*).

²² C.J.U.E., 27 avril 1994, C-393/92, *Almelo e.a.*, points 46-50.