



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 58.314/3
van 22 oktober 2015

avis 58.314/3
du 22 octobre 2015

over

sur

een ontwerp van ministerieel
besluit 'tot wijziging van het
ministerieel besluit van
3 juni 2005 tot vaststelling van
het afschakelplan van het
transmissienet van elektriciteit'

un projet d'arrêté ministériel
'modifiant l'arrêté ministériel
du 3 juin 2005 établissant le
plan de délestage du réseau de
transport d'électricité'

Op 15 oktober 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 3 juni 2005 tot vaststelling van het afschakelplan van het transmissienet van elektriciteit’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 20 oktober 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, 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 Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 oktober 2015.

*

Le 15 octobre 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté ministériel ‘modifiant l'arrêté ministériel du 3 juin 2005 établissant le plan de délestage du réseau de transport d'électricité’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 20 octobre 2015. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Johan PUT et Bruno PEETERS, assesses, et Annemie GOOSSENS, 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 Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 octobre 2015.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“- L'Arrêté royal du 19 décembre 2002 vient d'être modifié par un nouvel Arrêté royal.

- Ce nouvel Arrêté royal modifiant l'Arrêté royal du 19 décembre 2002 n'a été publié que très récemment au Moniteur Belge.

- L'Arrêté royal du 19 décembre 2002, tel qu'il vient d'être modifié, offre la base légale pour l'établissement du plan de délestage modifié.

- Le plan de délestage, modifié par le présent projet d'Arrêté ministériel qui vous est soumis pour avis, doit être opérationnel dès le 1^{er} novembre 2015, date de début de la période hivernale durant laquelle les risques de pénuries sont statiquement les plus importants. La période hivernale s'étend jusqu'au 31 mars 2016.

- Une fois les nouveaux textes de l'Arrêté royal et de l'Arrêté ministériel publiés au Moniteur Belge, le gestionnaire de réseau de transport a encore plusieurs étapes à franchir (afin de traduire opérationnellement le nouveau plan de délestage) avant de pouvoir appliquer les dispositions de la nouvelle législation à l'égard des utilisateurs du réseau pour le 1^{er} novembre 2015. Le gestionnaire du réseau doit notamment:

- o établir un nouveau code de sauvegarde sur base du nouveau plan de délestage
- o notifier la nouvelle version du code de sauvegarde et ses modifications à la CREG et au ministre
- o établir une nouvelle procédure interne d'exécution du plan de délestage, sur base d'une concertation (visée à l'article 2.3.1 alinéa 4 de l'AM du 3 juin 2005 modifié)
- o communiquer la nouvelle version de la procédure interne d'exécution du plan de délestage au ministre
- o ensuite, le gestionnaire du réseau de transport doit inclure le nouveau code de sauvegarde dans le contrat de raccordement, le contrat d'accès, le contrat de services auxiliaires ou le contrat de coordination d'appel des unités de production.

Il y a donc lieu, pour le gestionnaire de réseau, de s'assurer que tous les intervenants du code de sauvegarde et du plan de délestage soient correctement informés de leurs rôles et responsabilités. L'établissement, la formalisation et la mise à disposition des nouvelles procédures découlant du nouveau code de sauvegarde et du nouveau plan de délestage, la correcte information de tous les intervenants, tant internes qu'externes, nécessitent de disposer d'un délai minimum d'implémentation de 30 jours.

Considérant que les nouveaux code de sauvegarde et plan de délestage doivent être opérationnels dès le 1^{er} novembre 2015 et vu les délais encore nécessaires pour l'implémentation dans les procédures du gestionnaire de réseau mais également de l'ensemble des intervenants externes, l'avis de votre Conseil l'Etat est demandé en extrême urgence.”¹

¹ Overeenkomstig artikel 84, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State moet de motivering van de spoedeisendheid die in de adviesaanvraag voorkomt, letterlijk worden overgenomen in de aanhef van het ontworpen besluit. Het negende tot het twaalfde van de aanhef dienen dan ook in die zin te worden aangepast.

Gelet op de in de voorlaatste alinea van de weergegeven motivering vermelde termijn van dertig dagen, is een operationalisering van het te nemen besluit op 1 november 2015 niet meer haalbaar. De gemachtigde verklaarde evenwel dat het in ieder geval in de bedoeling ligt het nieuwe afschakelplan zo vlug mogelijk na deze datum te operationaliseren. Gelet hierop kan de motivering van de spoedeisendheid worden aanvaard.

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.²

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot de wijziging van het ministerieel besluit van 3 juni 2005 ‘tot vaststelling van het afschakelplan van het transmissienet van elektriciteit’, voornamelijk teneinde de bijlage erbij aan te passen aan de nieuwe uitgangspunten van de relevante bepalingen van het technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, zoals dat is gewijzigd bij het koninklijk besluit van 6 oktober 2015 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’.³

4.1. De rechtstreekse rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in artikel 312, §§ 5 en 8, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’.

Het eerste lid van artikel 312, § 5, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 vormt de rechtsgrond voor het vaststellen van het eigenlijke afschakelplan, terwijl het vierde lid van die bepaling een specifieke delegatie bevat voor het uitvaardigen van bepalingen betreffende de wijze van de communicatie tussen de netbeheerder en de betrokken ministers inzake de toepassing van dat plan.⁴

² Ruimere vragen betreffende de interne consistentie en de samenhang van het afschakelplan met het technisch reglement, zoals terecht opgeworpen in het advies van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, gaan dit onderzoek te buiten en kunnen overigens niet worden behandeld binnen de uiterst korte termijn die de Raad van State is gelaten om zijn advies uit te brengen en waarbinnen overigens nog tal van andere spoedeisende of andere aan een termijn gebonden adviesaanvragen dienden te worden behandeld. Het gegeven dat soms zijdelings, naar aanleiding van de in artikel 84, § 3, van de wetten op de Raad van State opgesomde punten, op die vragen wordt ingegaan, impliceert derhalve niet dat daarover niets meer kan worden opgemerkt.

³ Over het ontwerp dat heeft geleid tot dat besluit werd op 9 september 2015 advies 58.065/1/V gegeven.

⁴ In het tweede lid van de aanhef zou nog meer specifiek naar deze leden kunnen worden verwezen.

Artikel 312, § 8, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 bepaalt dat de minister bevoegd voor Energie (hierna: de minister) de “modaliteiten” (lees: nadere regels) vastlegt met betrekking tot de aankondiging van de beperkende maatregelen die de netbeheerder in het raam van het afschakelplan zou bevelen “zonder dat de termijnen vereist voor deze publicatie echter de toepassing van de maatregelen kunnen opschorten of vertragen”. Samen bieden die bepalingen in beginsel rechtsgrond voor het ontworpen besluit, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt.

4.2.1. Uit artikel 312, § 7, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 volgt dat er nog slechts drie prioritaire netverbindingen zijn. In lijn met het advies van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas⁵ moet worden vastgesteld dat er geen delegatie voorhanden is op grond waarvan de minister nieuwe prioritaire netverbindingen zou kunnen creëren, wat nochtans de feitelijke⁶ implicatie is van het ontworpen onderdeel 4.3, tweede lid, van de bijlage bij het ministerieel besluit van 3 juni 2005⁷ (artikel 9, 3°, van het ontwerp).⁸

4.2.2. Onderdeel 3.3.4, derde lid, van de bijlage bij het ministerieel besluit van 3 juni 2005 (tot wijziging waarvan artikel 20 van het ontwerp strekt) houdt verband met de bijzondere vorm van bekendmaking van de maatregelen bedoeld in de tweede zin van onderdeel 3.3.4, tweede lid, van die bijlage. Luidens de derde zin van dat onderdeel mag de tijd die nodig is voor de kennisgevingen en de publicaties van die maatregelen de toepassing ervan niet opschorten of vertragen.

Artikel 20 van het ontwerp kan geen rechtsgrond vinden in artikel 312, § 8, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 nu de in die bepaling vervatte delegatie enkel betrekking heeft op maatregelen bevolen door de netbeheerder, terwijl het te wijzigen onderdeel 3.3.4, derde lid, betrekking heeft op maatregelen bevolen door de betrokken ministers.⁹

Daarenboven kan worden opgemerkt dat de door de ministers genomen normatieve maatregelen die ten aanzien van eindgebruikers verplichtingen of verboden instellen, gelet op artikel 190 van de Grondwet en artikel 6 van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en in werking treden van

⁵ Zie de punten 38 tot 40 en 103 van het advies.

⁶ Naar de letter van het ontwerp is het niet uitgesloten om de betrokken verbindingen af te schakelen, maar niettemin wordt duidelijk dat dit zo veel mogelijk moet worden vermeden of uitgesteld, waardoor er verbindingen ontstaan die interfereren met de gesloten lijst vervat in artikel 312, § 7, eerste lid, van het koninklijk besluit van 19 december 2002.

⁷ De bijlage waarvan gewag wordt gemaakt in het ontworpen onderdeel 4.3, tweede lid, 2°, ontbreekt in de aan de Raad van State bezorgde tekst. Het zou dan overigens gaan om een bijlage bij de bijlage of om een bijlage 2 ‘bij dit besluit’.

⁸ Er moet worden opgemerkt dat die bepaling niet gelijkgesteld kan worden met het geval bedoeld in artikel 312, § 7, vierde lid, van het koninklijk besluit van 19 december 2002, dat in een *ad hoc* aanwijzing van bijkomende prioritaire netverbindingen voorziet in het licht van de concrete nood situatie. In het ontworpen onderdeel 2.3.1, tweede lid, van de bijlage bij het ministerieel besluit van 3 juni 2005 gaat het echter om een algemene maatregel die losstaat van een concrete bedreiging van de veiligheid en openbare orde of de volksgezondheid, of die wordt genomen om redenen van netbeheer of netherstel.

⁹ Gelet op deze vaststelling en op de beperkte wijziging die met artikel 20 van het ontwerp wordt beoogd, wordt niet ingegaan op de vraag of, en eventueel in welke mate, de minister maatregelen ter toepassing van het afschakelplan vermag te nemen, noch op de vraag welke dienaangaande de verhouding is tussen de minister en de netbeheerder.

wetten en verordeningen' slechts afdwingbaar zullen zijn nadat ze in het *Belgisch Staatsblad* zijn bekendgemaakt, dit bij gebreke van een afwijkende wettelijke regeling inzake hun bekendmaking.

4.3. De rechtsgrond voor de bepalingen van het koninklijk besluit van 19 december 2002 die rechtsgrond bieden voor het ontworpen besluit, wordt terecht gezocht in artikel 11 van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'. Meer bepaald gaat het om het tweede lid, 2°, van dat artikel, wat in het eerste lid van de aanhef zou kunnen worden gespecificeerd.

BEVOEGDHEID

5.1. Wat betreft de bevoegdheid van de federale overheid om het afschakelplan vast te stellen, kan worden verwezen naar advies 58.065/1/V, waarin het volgende werd opgemerkt:

“6. In artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is niet specifiek bepaald wie bevoegd is voor het afschakelplan. Gelet evenwel op de centrale rol van het transmissienet bij het vrijwaren van het evenwicht in de regelzone, kan de bevoegdheid voor het afschakelplan geacht worden in het verlengde te liggen van de federale bevoegdheid ‘voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven’, met name die inzake de grote infrastructuur voor de stockering en het vervoer van energie (van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

7. Uit de ontworpen wijzigingen van het technisch reglement, en het daarop gebaseerde ontwerp van ministerieel besluit dat het eigenlijke afschakelplan bevat, blijkt dat voor de goede werking van dat plan ook verplichtingen moeten kunnen worden opgelegd aan de distributienetbeheerders, niettegenstaande het feit dat de distributie en het plaatselijke vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70 000 volt, overeenkomstig artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een gewestelijke aangelegenheid is. Het lijkt inherent aan het vrijwaren van het evenwicht in de regelzone dat in nood- of schaarstesituaties ook maatregelen kunnen worden genomen ten aanzien van alle personen die downstream met het transmissienet verbonden zijn, zodat de federale overheid op grond van de hoger aangehaalde bevoegdheden bevoegd moet worden geacht om die verplichtingen op te leggen.

Daaruit volgt echter niet, in tegenstelling tot wat de CREG in haar advies nochtans lijkt te suggereren, dat de federale regelgever alle verwijzingen naar voorwaarden die zouden voortvloeien uit de gewestelijke regelgeving achterwege zou moeten laten. Immers, zowel de gewesten als de federale overheid mogen, elk vanuit hun bevoegdheidsrechtelijke invalshoek, verplichtingen opleggen. Voor het vrijwaren van het evenwicht in de regelzone mag de federale overheid dus de noodzakelijke verplichtingen opleggen, maar ze moet dit doen op een manier die niet nodeloos of onevenredig de gewestelijke regelgeving doorkruist, overigens zoals ook de gewestelijke overheden – inbegrepen de distributienetbeheerders, in hun technische reglementen – er zullen moeten op toezien dat hun regelgeving de effectiviteit van de reddingscode of het afschakelplan niet in het gedrang brengt.¹⁰”

¹⁰ Voetnoot 6 van advies 58.065/1/V: Om die reden is het essentieel dat over het voorliggende ontwerp – en het ermee samenhangende ontwerp van ministerieel besluit – (tijdig) overleg wordt gepleegd tussen de gewestelijke overheden

5.2. Tegen de achtergrond van die analyse is er geen bezwaar tegen de verwijzingen naar de distributienetten of hun beheerders of de gewestelijke regelgeving in de artikelen 5, 5°, 13, 1°, 19, 5°, en 24 van het ontwerp.

VORMVEREISTEN

6. Bij het rechtsgrond biedende artikel 312, § 5, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 worden als bijzondere vormvereisten een voorstel van de netbeheerder en een overleg met de minister bevoegd voor Economie voorgeschreven.

6.1. Het voorstel van de netbeheerder blijkt te dateren van 22 mei 2015,¹¹ derhalve van vóór de totstandkoming van de wijzigingen die zijn aangebracht in het koninklijk besluit van 19 december 2002 bij het koninklijk besluit van 6 oktober 2015, zodat de vraag rijst of in dat voorstel wel voldoende rekening kon worden gehouden met dat gewijzigde wettelijk kader. De netbeheerder moet immers de kans worden geboden om tegen de achtergrond van de nieuwe, thans relevante wetgeving, een voorstel te formuleren¹². Aangezien de netbeheerder in dit geval echter ook advies heeft uitgebracht over het ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 6 oktober 2015, en in het algemeen betrokken is geworden bij de totstandkoming van beide ontwerpen en dus voldoende op de hoogte was van de draagwijdte van de geplande aanpassingen aan het technisch reglement, lijkt er in dit geval geen reden om een nieuw optreden van de netbeheerder te vereisen.

6.2. Het overleg met de minister bevoegd voor Economie moet nog plaatsvinden. Indien het vervullen van dit vormvereiste aanleiding zou geven tot aanpassingen van het ontwerp, moet dit op die punten opnieuw voor advies worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

en de federale overheid overeenkomstig artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (maatregelen op het gebied van het energiebeleid die niet expliciet zijn opgesomd in artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet), dan wel overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van dezelfde bijzondere wet (als een aspect van “de grote lijnen van het nationaal energiebeleid”) (cf. opmerking 5.2).

Zie in dat verband overigens ook de algemene opmerking in advies 37.655/1 van 23 september 2004 over een ontwerp van ministerieel besluit dat geleid heeft tot het ministerieel besluit van 3 juni 2005 ‘tot vaststelling van het afschakelplan van het transmissienet van elektriciteit’:

“Het bepalen van een afschakelplan voor het federale transmissienet en het bepalen van zulk een plan voor het gewestelijke transmissienet en het distributienet zijn dermate verbonden dat de bevoegdheden van de federale overheid en de gewesten niet anders dan in onderlinge overeenstemming kunnen worden uitgeoefend. Ook al legt geen enkele bepaling uit de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen uitdrukkelijk terzake enige samenwerkingsverplichting op, dan volgt, gelet op de onderlinge verwevenheid van de uit te oefenen bevoegdheden, dat een louter eenzijdig optreden van de federale overheid, dan wel van de gewestelijke overheden, het evenredigheidsbeginsel dat eigen is aan elke bevoegdheidsuitoefening zou kunnen schenden (zie Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.6.2). Het verdient bijgevolg aanbeveling de ontworpen regeling vooraf aan de gewestregeringen voor te leggen.”

¹¹ Het voorstel van de netbeheerder is niet opgenomen in het aan de Raad van State bezorgde dossier. De stellers van het ontwerp worden verzocht om in de toekomst een volledig dossier voor te leggen.

¹² Advies 53.720/3/1/V van 19 juli 2013 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’, opmerking 4.

7. In de adviesaanvraag, maar niet in de aanhef van het ontworpen besluit, wordt melding gemaakt van een aanmelding bij de Europese Commissie, met toepassing van artikel 8, lid 1, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 ‘betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij’. Volgens de gemachtigde gaat het in de adviesaanvraag om een vergissing, en is er helemaal geen aanmelding gebeurd of gepland. Nochtans lijkt een dergelijke aanmelding in beginsel noodzakelijk te zijn.

In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat elektriciteit als een product kan worden beschouwd dat industrieel wordt vervaardigd, zodat de voorwaarden voor de levering ervan technische voorschriften in de zin van artikel 1 van die richtlijn kunnen vormen,¹³ die overeenkomstig artikel 8, lid 1, ervan bij de Europese Commissie moeten worden aangemeld.

In de tweede plaats moet dan worden opgemerkt dat die aanmelding op zich niet volstaat, maar er in beginsel een wachttermijn in acht moet worden genomen. Van die verplichte wachttermijn kan slechts worden afgeweken onder de voorwaarden vermeld in artikel 9, lid 7, van richtlijn 98/34/EG. De stellers van het ontwerp zullen, zo ze op die bepaling een beroep zouden willen en kunnen doen, in de aanhef moeten motiveren waarom dringende redenen wegens een ernstige en onvoorziene situatie die verband houdt met de bescherming van de gezondheid van mens en dier, de bescherming van planten, of met de veiligheid voorhanden zijn waardoor op zeer korte termijn technische voorschriften moeten worden vastgesteld en in werking moeten treden, zonder dat een aanmelding mogelijk is.

ALGEMENE OPMERKING

8. De stellers van het ontwerp hebben er – niettegenstaande de complexiteit van de aan te brengen wijzigingen –¹⁴ voor gekozen om het ontwerp op te vatten als een wijzigingsbesluit waarbij verschillende bepalingen van de bijlage bij het ministerieel besluit van 3 juni 2005 worden gewijzigd, aangevuld of opgeheven.¹⁵ Het ware duidelijker – en bijgevolg meer rechtszeker – de gehele bijlage te vervangen door een nieuwe bijlage.

*

¹³ Aangezien zowel “technische specificaties” als “andere eisen” technische voorschriften zijn, hoeft niet te worden beslecht of het hier gaat om het eerste dan wel om het tweede.

¹⁴ In vergelijking met het bestaande plan worden bijvoorbeeld verschillende bepalingen zowel gewijzigd als verplaatst (zie bijvoorbeeld de artikelen 9 tot 13 van het ontwerp), en wordt derhalve de structuur van de bijlage grondig gewijzigd, op een manier die bovendien ook gevolgen heeft voor de bepalingen die formeel ongewijzigd blijven.

¹⁵ Waarbij overigens geregeld de symmetrie tussen de Nederlandse en de Franse tekst wordt doorbroken, zie de artikelen 4 en 19 van het ontwerp.

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« - L'Arrêté royal du 19 décembre 2002 vient d'être modifié par un nouvel Arrêté royal.

- Ce nouvel Arrêté royal modifiant l'Arrêté royal du 19 décembre 2002 n'a été publié que très récemment au Moniteur Belge.

- L'Arrêté royal du 19 décembre 2002, tel qu'il vient d'être modifié, offre la base légale pour l'établissement du plan de délestage modifié.

- Le plan de délestage, modifié par le présent projet d'Arrêté ministériel qui vous est soumis pour avis, doit être opérationnel dès le 1^{er} novembre 2015, date de début de la période hivernale durant laquelle les risques de pénuries sont statiquement les plus importants. La période hivernale s'étend jusqu'au 31 mars 2016.

- Une fois les nouveaux textes de l'Arrêté royal et de l'Arrêté ministériel publiés au Moniteur Belge, le gestionnaire de réseau de transport a encore plusieurs étapes à franchir (afin de traduire opérationnellement le nouveau plan de délestage) avant de pouvoir appliquer les dispositions de la nouvelle législation à l'égard des utilisateurs du réseau pour le 1^{er} novembre 2015. Le gestionnaire du réseau doit notamment:

- o établir un nouveau code de sauvegarde sur base du nouveau plan de délestage
- o notifier la nouvelle version du code de sauvegarde et ses modifications à la CREG et au ministre
- o établir une nouvelle procédure interne d'exécution du plan de délestage, sur base d'une concertation (visée à l'article 2.3.1 alinéa 4 de l'AM du 3 juin 2005 modifié)
- o communiquer la nouvelle version de la procédure interne d'exécution du plan de délestage au ministre
- o ensuite, le gestionnaire du réseau de transport doit inclure le nouveau code de sauvegarde dans le contrat de raccordement, le contrat d'accès, le contrat de services auxiliaires ou le contrat de coordination d'appel des unités de production.

Il y a donc lieu, pour le gestionnaire de réseau, de s'assurer que tous les intervenants du code de sauvegarde et du plan de délestage soient correctement informés de leurs rôles et responsabilités. L'établissement, la formalisation et la mise à disposition des nouvelles procédures découlant du nouveau code de sauvegarde et du nouveau plan de délestage, la correcte information de tous les intervenants, tant internes qu'externes, nécessitent de disposer d'un délai minimum d'implémentation de 30 jours.

Considérant que les nouveaux code de sauvegarde et plan de délestage doivent être opérationnels dès le 1^{er} novembre 2015 et vu les délais encore nécessaires pour l'implémentation dans les procédures du gestionnaire de réseau mais également de l'ensemble des intervenants externes, l'avis de votre Conseil l'Etat est demandé en extrême urgence »¹.

¹ Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, la motivation de l'urgence figurant dans la demande d'avis doit être reproduite textuellement dans le préambule de l'arrêté en projet. Les alinéas neuf à douze du préambule doivent dès lors être adaptés en ce sens.

Dès lors que l'avant-dernier alinéa de la motivation reproduite mentionne un délai de trente jours, il n'est plus possible de rendre l'arrêté envisagé opérationnel au 1^{er} novembre 2015. Le délégué a toutefois déclaré que l'intention est en tout cas de rendre le nouveau plan de délestage opérationnel aussi rapidement que possible après cette date. Eu égard à cette précision, la justification de l'urgence peut être admise.

*

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites ².

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

4. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de modifier l'arrêté ministériel du 3 juin 2005 'établissant le plan de délestage du réseau de transport d'électricité', principalement dans le but d'en adapter l'annexe aux nouveaux principes des dispositions pertinentes du règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci, modifié par l'arrêté royal du 6 octobre 2015 'modifiant l'arrêté royal du 19 décembre 2002 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci' ³.

4.1. Le fondement juridique direct de l'arrêté en projet est recherché dans l'article 312, §§ 5 et 8, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002 'établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci'.

L'alinéa 1^{er} de l'article 312, § 5, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002 constitue le fondement juridique pour l'établissement du plan de délestage proprement dit, tandis que l'alinéa 4 de cette disposition comporte une délégation spécifique permettant d'élaborer des dispositions relatives aux modalités de communication entre le gestionnaire de réseau et les ministres concernés pour ce qui est de l'application de ce plan ⁴.

L'article 312, § 8, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002 dispose que le ministre qui a l'Énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) fixe les modalités relatives à l'avertissement des mesures de restriction que le gestionnaire du réseau décréterait dans le cadre

² Des questions plus larges portant sur la consistance interne et la cohérence du plan de délestage par rapport au règlement technique, que la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz soulève à juste titre dans son avis, débordent du cadre du présent examen et ne peuvent au demeurant pas être traitées dans le délai extrêmement bref qui a été imparti au Conseil d'État pour donner son avis et dans lequel par ailleurs bon nombre d'autres demandes d'avis urgentes ou soumises à un délai devaient être examinées. Ce n'est dès lors pas parce que ces questions sont abordées, parfois indirectement, en liaison avec les points énumérés à l'article 84, § 3, des lois sur le Conseil d'État, qu'elles ne peuvent donner lieu à d'autres observations.

³ Le projet devenu cet arrêté a fait l'objet de l'avis 58.065/1/V, donné le 9 septembre 2015.

⁴ Le deuxième alinéa du préambule pourrait encore faire plus spécifiquement référence à ces alinéas.

du plan de délestage, « sans toutefois que les délais exigés par cette publication puissent suspendre ou retarder l'application des mesures ». Prises conjointement, ces dispositions procurent en principe un fondement juridique à l'arrêté en projet, sous réserve de ce qui sera observé ci-après.

4.2.1. Il découle de l'article 312, § 7, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002 qu'il ne subsiste plus que trois connexions prioritaires aux réseaux. En accord avec l'avis de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz ⁵, force est de constater qu'il n'existe pas de délégation qui permettrait au ministre de créer de nouvelles connexions prioritaires aux réseaux, ce qu'implique pourtant dans les faits ⁶ le point 4.3, alinéa 2, en projet, de l'annexe de l'arrêté ministériel du 3 juin 2005 ⁷ (article 9, 3°, du projet) ⁸.

4.2.2. Le point 3.3.4, alinéa 3, de l'annexe de l'arrêté ministériel du 3 juin 2005 (que l'article 20 du projet vise à modifier) a trait à la forme particulière de publicité des mesures visées dans la deuxième phrase du point 3.3.4, alinéa 2, de cette annexe. Selon la troisième phrase de ce point, les délais nécessaires pour les notifications et les publications de ces mesures ne peuvent pas en suspendre ou en retarder l'application.

L'article 20 du projet ne peut trouver de fondement juridique dans l'article 312, § 8, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002, dès lors que la délégation inscrite dans cette disposition ne concerne que des mesures décrétées par le gestionnaire du réseau, alors que le point 3.3.4, alinéa 3, à modifier, concerne des mesures décrétées par les ministres concernés ⁹.

On peut en outre observer qu'eu égard aux articles 190 de la Constitution et 6 de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires', les mesures normatives prises par les ministres, qui emportent des obligations ou des interdictions à l'égard des consommateurs finaux, n'auront force obligatoire qu'après avoir été publiées au *Moniteur belge*, dès lors que leur publicité n'est pas soumise à un régime légal dérogatoire.

4.3. Le fondement juridique des dispositions de l'arrêté royal du 19 décembre 2002, dans lesquelles l'arrêté en projet trouve un fondement juridique, est à juste titre recherché dans

⁵ Voir les points 38 à 40 et 103 de l'avis.

⁶ Si l'on s'en tient à la lettre du projet, il n'est pas exclu de délester les connexions concernées, mais il ne fait pas de doute que cette possibilité doit être évitée ou retardée autant que possible, de sorte que sont ainsi créées des connexions qui interfèrent avec la liste fermée mentionnée à l'article 312, § 7, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002.

⁷ L'annexe dont fait état le point 4.3, alinéa 2, 2°, en projet, ne figure pas dans le texte communiqué au Conseil d'État. Au demeurant, il s'agirait alors d'une annexe de l'annexe ou d'une annexe 2 « de cet arrêté ».

⁸ Il faut observer que cette disposition ne peut pas être assimilée au cas visé à l'article 312, § 7, alinéa 4, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002, qui prévoit une désignation *ad hoc* de connexions prioritaires additionnelles aux réseaux au regard de la situation concrète de pénurie. Dans le point 2.3.1., alinéa 2, en projet de l'annexe de l'arrêté ministériel du 3 juin 2005, il s'agit cependant d'une mesure générale, qui est indépendante d'une menace concrète pour la sécurité et l'ordre public ou la santé publique, ou qui est prise pour les raisons de gestion ou de rétablissement des réseaux.

⁹ Eu égard à cette constatation et au caractère limité de la modification visée par l'article 20 du projet, il n'est pas procédé à l'examen de la question de savoir si, et éventuellement dans quelle mesure, le ministre est fondé à arrêter des mesures en application du plan de délestage, ni à celui de la question de la relation entre le ministre et le gestionnaire de réseau à cet égard.

l'article 11 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'. Il s'agit plus précisément de l'alinéa 2, 2°, de cet article, ce que le premier alinéa du préambule pourrait spécifier.

COMPÉTENCE

5.1. En ce qui concerne la compétence de l'autorité fédérale pour arrêter le plan de délestage, on peut se reporter à l'avis 58.065/1/V, qui observait ce qui suit :

6. L'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne prévoit pas spécifiquement qui est compétent pour le plan de délestage. Toutefois, eu égard au rôle central du réseau de transport dans la préservation de l'équilibre dans la zone de réglage, la compétence en ce qui concerne le plan de délestage peut être réputée se situer dans le prolongement de la compétence fédérale 'pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national' à savoir les grandes infrastructures de stockage et le transport de l'énergie (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980).

7. Il ressort des modifications en projet du règlement technique, et du projet d'arrêté ministériel corrélatif comportant le plan de délestage proprement dit, que pour assurer le bon fonctionnement de ce plan, des obligations doivent également pouvoir être imposées aux gestionnaires de réseaux de distribution, nonobstant le fait que la distribution et le transport local d'électricité par les réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts, sont une compétence régionale, conformément à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980. Il semble inhérent à la préservation de l'équilibre dans la zone de réglage que dans des situations d'urgence ou de pénurie, des mesures puissent également être prises à l'égard de toutes les personnes qui sont reliées en aval au réseau de transport, de sorte que l'autorité fédérale doit être considérée compétente sur la base des compétences précitées pour imposer ces obligations.

Il n'en résulte toutefois pas, contrairement à ce que la CREG semble pourtant suggérer dans son avis, que le législateur fédéral devrait omettre toute référence aux conditions qui découleraient de la législation régionale. En effet, tant les régions que l'autorité fédérale peuvent imposer des obligations, chacune sous l'angle de leurs compétences. En ce qui concerne la préservation de l'équilibre dans la zone de réglage, l'autorité fédérale peut donc imposer les obligations nécessaires à cet effet, mais elle doit le faire d'une manière qui n'empiète pas inutilement ou d'une manière disproportionnée sur la législation régionale, de la même façon du reste que les autorités régionales – y compris les gestionnaires de réseaux de distribution, dans leurs règlements techniques – devront veiller à ce que leur réglementation ne compromette pas l'effectivité du code de sauvegarde ou du plan de délestage¹⁰ ».

¹⁰ Note 6 de l'avis 58.065/1/V : Pour cette raison, il est essentiel qu'en ce qui concerne le projet à l'examen – et le projet d'arrêté ministériel corrélatif – les autorités régionales et l'autorité fédérale se concertent (à temps) conformément à l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 (mesures en matière de politique énergétique qui ne sont pas expressément énumérées dans l'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale), ou en vertu de l'article 6, § 3, 3°, de la même loi spéciale (en tant qu'aspect des « grands axes de la politique énergétique nationale ») (voir l'observation formulée au point 5.2).

Voir, du reste, à ce sujet, l'observation générale formulée dans l'avis 37.655/1 du 23 septembre 2004 sur un projet d'arrêté ministériel devenu l'arrêté ministériel du 3 juin 2005 'établissant le plan de délestage du réseau de transport d'électricité' :

5.2. Eu égard à cette analyse, rien ne s'oppose à ce que les articles 5, 5°, 13, 1°, 19, 5°, et 24 du projet fassent référence aux réseaux de distribution ou à leurs gestionnaires ou à la réglementation régionale.

FORMALITÉS

6. L'article 312, § 5, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002, qui procure un fondement juridique, impose, à titre de formalités particulières, une proposition du gestionnaire du réseau et une concertation avec le ministre qui a l'Économie dans ses attributions.

6.1. La proposition du gestionnaire du réseau semble dater du 22 mai 2015¹¹, soit avant l'élaboration des modifications qui ont été apportées à l'arrêté royal du 9 décembre 2002 par l'arrêté royal du 6 octobre 2015, de sorte que la question se pose de savoir si cette proposition pouvait suffisamment tenir compte de ce cadre légal modifié. Le gestionnaire du réseau doit en effet avoir l'occasion de formuler une proposition au regard de la nouvelle législation, actuellement pertinente¹². Or, étant donné que le gestionnaire du réseau a en l'occurrence également donné un avis sur le projet devenu l'arrêté du 6 octobre 2015, et que, d'une manière générale, il a été associé à l'élaboration des deux projets et était donc suffisamment informé de la portée des adaptations projetées au règlement technique, il ne semble pas qu'il soit alors justifié d'exiger une nouvelle intervention du gestionnaire du réseau.

6.2. La concertation avec le ministre qui a l'Économie dans ses attributions doit encore avoir lieu. Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des adaptations du projet, il y aurait lieu de soumettre celui-ci une nouvelle fois sur ces points, pour avis, au Conseil d'État, section de législation.

7. La demande d'avis, mais pas le préambule de l'arrêté en projet, fait mention d'une notification à la Commission européenne en application de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 'prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information'. D'après le délégué, il s'agit d'une erreur dans la demande d'avis, et aucune notification n'a été effectuée ni envisagée. Une telle notification paraît cependant en principe requise.

« La fixation d'un plan de délestage pour le réseau fédéral de transport et la fixation d'un tel plan pour le réseau régional de transport et le réseau de distribution sont à ce point liées que les compétences de l'autorité fédérale et des régions ne peuvent être exercées qu'en concertation. Bien qu'aucune disposition de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles n'impose, d'une manière expresse, une obligation de coopération en la matière, il résulte cependant de l'imbrication des compétences à exercer qu'une intervention purement unilatérale de l'autorité fédérale ou des autorités régionales pourrait violer le principe de proportionnalité qui est inhérent à tout exercice de compétence (voir Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.2). Il est, par conséquent, recommandé de soumettre préalablement la réglementation en projet aux gouvernements régionaux ».

¹¹ La proposition du gestionnaire du réseau ne figure pas dans le dossier communiqué au Conseil d'État. Les auteurs du projet sont priés de soumettre à l'avenir un dossier complet.

¹² C.E., avis 53.720/3/1/V du 19 juillet 2013 sur un projet devenu l'arrêté royal du 17 août 2013 'modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables', observation 4.

Il faut tout d'abord souligner que l'électricité peut être considérée comme un produit fabriqué industriellement, de sorte que ses conditions de livraison peuvent constituer des règles techniques au sens de l'article 1 de cette directive qui, conformément à son article 8, paragraphe 1, doivent être notifiées à la Commission européenne ¹³.

Il faut ensuite observer que cette notification n'est pas suffisante en soi, mais qu'il faut en principe tenir compte d'un délai d'attente. Il ne peut être dérogé à l'obligation de respecter ce délai d'attente que dans les conditions mentionnées à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 98/34/CE. S'ils entendent invoquer cette disposition, les auteurs du projet devront indiquer dans le préambule les raisons urgentes tenant à une situation grave et imprévisible qui a trait à la protection de la santé des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux ou à la sécurité, qui imposent d'élaborer dans un très bref délai des règles techniques pour les arrêter et les mettre en vigueur aussitôt, sans qu'une notification soit possible.

OBSERVATION GÉNÉRALE

8. Nonobstant la complexité des modifications à apporter ¹⁴, les auteurs du projet ont choisi de concevoir le projet comme un arrêté modificatif, qui modifie, complète ou abroge plusieurs dispositions de l'annexe de l'arrêté ministériel du 3 juin 2005 ¹⁵. Il eût été plus clair – et par conséquent plus favorable à la sécurité juridique – de remplacer l'ensemble de l'annexe par une nouvelle annexe.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

¹³ Dès lors que tant des « spécifications techniques » que d'« autres exigences » sont des règles techniques, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il s'agit des unes ou des autres.

¹⁴ Plusieurs dispositions du plan existant sont par exemple modifiées ou déplacées (voir par exemple les articles 9 à 13 du projet), et la structure de l'annexe s'en trouve par conséquent profondément modifiée, d'une manière telle qu'en outre des dispositions qui ne sont pas formellement modifiées sont également affectées.

¹⁵ La symétrie entre les textes français et néerlandais étant au demeurant régulièrement brisée, voir les articles 4 et 19 du projet.