



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.616/3
van 4 januari 2017

over

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

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.616/3
du 4 janvier 2017

sur

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

Op 7 december 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 december 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, 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 4 januari 2017.

*

Le 7 décembre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 27 décembre 2016. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Bruno PEETERS, assesseur, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 janvier 2017.

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voorontwerp van wet strekt tot het organiseren van de marktwerking op het gebied van vraagbeheer (vraagflexibiliteit) en de opslag van elektriciteit. Daartoe wordt de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de elektriciteitswet) op een aantal punten gewijzigd.

In artikel 2 van de elektriciteitswet worden definities toegevoegd van “opslag van elektriciteit”, “installatie voor de opslag van elektriciteit aangesloten op het transmissienet of op de netten met een transmissiefunctie”, “dienstverlener van flexibiliteit”, “evenwichtsverantwoordelijke” en “vraagflexibiliteit” (artikel 2 van het ontwerp).

Artikel 8, § 1, derde lid, 2°, van de elektriciteitswet wordt gewijzigd om te bewerkstelligen dat de netbeheerder van het transmissienet bij het zorgen voor een zeker, betrouwbaar en efficiënt elektriciteitsnet rekening zou houden met mechanismen voor vraagflexibiliteit (artikel 3 van het ontwerp).

Het ontworpen artikel 12, § 5, 26°, van de elektriciteitswet bevat een bijkomend tarifair richtsnoer betreffende het bevorderen van elektriciteitsopslag. Een apart tariefregime voor de opslag van elektriciteit kan daarbij worden bepaald door de regulator (artikel 4 van het ontwerp).

Artikel 5 van het ontwerp strekt tot het invoegen van een nieuw hoofdstuk IVbis (“Vraagbeheer”) in de elektriciteitswet, dat bestaat uit de artikelen 19bis en 19ter.

Het ontworpen artikel 19bis, § 1, van de elektriciteitswet bevat drie beginselen met betrekking tot het vraagbeheer. Ten eerste krijgt elke eindafnemer het recht om zijn vraagflexibiliteit te valoriseren door een beroep te doen op zijn leverancier of een dienstverlener van flexibiliteit van zijn keuze. Ten tweede is elke eindafnemer de houder van zijn meetgegevens en kan hij die vrijelijk doorgeven aan de dienstverlener naar keuze. Ten derde moet de dienstverlener van flexibiliteit de verantwoordelijkheid voor het evenwicht van de flexibiliteit die hij beheert, toevertrouwen aan een evenwichtsverantwoordelijke. Bij het ontworpen artikel 19bis, §§ 2 tot 5, worden bepaalde regelgevende bevoegdheden toegekend aan de regulator op het gebied van vraagflexibiliteit, alsook inzake het financiële en contractuele kader voor de energieoverdracht. Dat laatste geldt echter enkel indien de marktspelers in het kader van een commerciële onderhandeling geen ander akkoord bereiken.

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

Overeenkomstig het ontworpen artikel 19^{ter}, § 1, van de elektriciteitswet staat de netbeheerder in voor het beheer van de flexibiliteitsgegevens met betrekking tot de valorisatie van de flexibiliteit na een overdracht van energie. De netbeheerder werkt daarvoor samen met de personen die volgens de gewestelijke regelgeving instaan voor de verzameling van meet- en submeetgegevens (ontworpen artikel 19^{ter}, § 2). De bijkomende kosten voor die taken komen ten laste van de nettarieven (ontworpen artikel 19^{ter}, § 3).

Artikel 6 van het ontwerp strekt tot het herstellen van artikel 21^{bis}, § 1^{bis}, van de elektriciteitswet. Bij de ontworpen bepaling wordt de afname van elektriciteit die bedoeld is om te worden opgeslagen, vrijgesteld van de federale bijdrage.

In artikel 23, § 2, 2°, van de elektriciteitswet wordt punt 13° hersteld met daarin een bijkomende controleopdracht voor de regulator met betrekking tot het beheer van de vraagflexibiliteitsgegevens door de netbeheerder “volgens criteria en modaliteiten [lees: nadere regels] vastgesteld door de [regulator]” (artikel 7 van het ontwerp).

Bij het ontworpen artikel 12^{quinqüies}, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet (artikel 8 van het ontwerp) wordt de netbeheerder verplicht tot het raadplegen van de distributienetbeheerders bij de uitwerking van de procedures voor de ondersteunende diensten geleverd door gebruikers van het distributienet.

De aan te nemen wet treedt in werking op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van artikel 6 ervan, dat in werking treedt met ingang van (lees: op) 1 januari 2018 (artikel 9 van het ontwerp).

BEVOEGDHEID

3. De ontworpen regeling kan worden ingepast in de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheden inzake “de grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produ[c]tie van energie” en inzake de tarieven, met inbegrip van de transmissietarieven en onverminderd de gewestelijke bevoegdheden inzake tarieven.²

3.1. Die bevoegdheid inzake tarieven omvat ook de bevoegdheid voor eventuele bijzondere tarieven voor opslag. Daarvoor is overigens niet eens vereist dat de betrokken opslagsystemen zijn aangesloten op het transmissienet, anders dan wat de definitie in het ontworpen artikel 2, 64°, van de elektriciteitswet lijkt te suggereren (zie daarover ook opmerking 7).

3.2. De federale bevoegdheid met betrekking tot het transmissienet omvat de bevoegdheid inzake de balancering en het vraagbeheer op het transmissienet. De ontworpen bepalingen inzake vraagflexibiliteit vallen bijgevolg binnen de federale bevoegdheid voor zover ze betrekking hebben op eindafnemers die rechtstreeks zijn aangesloten op het transmissienet of

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

op dienstverleners van flexibiliteit die, gelet op de omvang van hun portefeuille van (andere)³ eindafnemers, een invloed hebben op het evenwicht op het transmissienet. Dat zou echter anders zijn indien de vraagflexibiliteit enkel gevolgen zou hebben voor het distributienet: in dat geval gaat het immers om de regeling van het vraagbeheer en de balancerings van het distributienet, wat een gewestelijke bevoegdheid is. De term “[e]lke eindafnemer” in het ontworpen artikel 19bis, § 1, van de elektriciteitswet moet dan ook met dat bevoegdheidsrechtelijke voorbehoud worden begrepen.

Aangezien de ontworpen regeling kan interfereren met de zo-even aangehaalde gewestelijke bevoegdheid, wordt in het ontworpen artikel 12quinquies, § 1, eerste lid, van het ontwerp terecht voorzien in een verplichting voor de netbeheerder om de distributienetbeheerders te raadplegen, die betrekking heeft op “procedures aangaande de ondersteunende diensten geleverd door gebruikers van het distributienet”. De Raad van State beschikt evenwel niet over het vereiste technische inzicht om te kunnen uitmaken of een dergelijk overleg volstaat om de ontworpen regeling te laten functioneren naast de gewestelijke regels op het gebied van vraagbeheer en balancerings van het distributienet. Dit kan eventueel blijken uit het vereiste overleg met de gewesten over de ontworpen regeling (zie opmerking 4).

Indien zou blijken dat het niet mogelijk is om de ontworpen regeling te verzoenen met de maatregelen betreffende vraagbeheer die al door de gewesten binnen hun bevoegdheidssfeer zijn uitgevaardigd, zal het toepassingsgebied van de ontworpen regeling moeten worden teruggedrukt zodat dienstverleners van flexibiliteit enkel kunnen optreden ten aanzien van eindafnemers op het transmissienet.

Alleszins kunnen de federale overheid en de gewesten hun beleidsvoornemens inzake vraagbeheer en flexibiliteit op elkaar afstemmen door het sluiten van een samenwerkingsakkoord, wat hen zou toelaten om de door de bevoegdheidsverdelende regels opgelegde opsplitsing van het net te overstijgen. Een dergelijk samenwerkingsakkoord zou zelfs noodzakelijk kunnen blijken met het oog op een volledige omzetting van richtlijn 2012/27/EU.⁴

VORMVEREISTEN

4. Het organiseren van flexibiliteitsmechanismen voor de vraag is een aspect van de “grote lijnen van het nationaal energiebeleid” in de zin van artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Over de ontworpen regeling moet bijgevolg overleg worden gepleegd met de gewesten, hetgeen nog niet gebeurd is.⁵

³ Zowel eindafnemers die op het transmissienet zijn aangesloten als andere eindafnemers kunnen immers een beroep doen op een dienstverlener van hun keuze (ontworpen artikel 19bis, § 1, van de elektriciteitswet).

⁴ Richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 ‘betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG’. Over het verzekeren van volledige en sluitende omzetting van het EU-recht door middel van samenwerkingsakkoorden tussen de federale overheid en de deelstaten, zie HvJ 12 juni 2014, C-156/13, *Digibet en Albers*.

⁵ In de notificatie van de vergadering van de Ministerraad van 2 december 2016 wordt vermeld dat het voorontwerp van wet kan worden voorgelegd aan het Overlegcomité.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van dit overleg nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. De Nederlandse tekst van het ontwerp moet aan een grondig nazicht worden onderworpen. Sommige onderdelen ervan zijn moeilijk leesbaar of zijn gebrekkige vertalingen van de Franse tekst, zodat de draagwijdte ervan enkel op basis van die taalversie te begrijpen valt.⁶ Dat moet worden verholpen.

6. Tussen artikel 1 en artikel 2 van het ontwerp moet een nieuw artikel worden ingevoegd waarin melding wordt gemaakt van de verschillende richtlijnen die bij het ontwerp gedeeltelijk worden omgezet, namelijk:

- richtlijn 2003/96/EG van de Raad van 27 oktober 2003 ‘tot herstructurering van de communautaire regeling voor de belasting van energieproducten en elektriciteit’;
- richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’;
- richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 ‘betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG’.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

7. Zoals reeds werd uiteengezet in opmerking 3.1, is de bevoegdheid van de federale overheid inzake tarieven niet beperkt tot de tarieven voor opslag door opslagsystemen die zijn aangesloten op het transmissienet. De zinsnede “aangesloten op het transmissienet of op de netten met een transmissiefunctie” kan dan ook beter worden weggelaten in het ontworpen artikel 2, 64°, van de elektriciteitswet. Overigens wordt verder in het ontwerp enkel de term “installatie(s) voor de opslag van elektriciteit” gebruikt, zonder de voormelde zinsnede.⁷

⁶ Zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 19ter, § 1, eerste lid: “flexibiliteitsgegevens met betrekking tot de valorisatie van de flexibiliteit die een energieoverdracht met zich meebrengt”, of nog het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 13°: “het beheer van vraagflexibiliteitsgegevens met een energieoverdracht”.

⁷ Zie het ontworpen artikel 12, § 5, eerste lid, 26° (artikel 4 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 21bis, § 1bis (artikel 6 van het ontwerp).

Artikel 4

8. Het ontworpen artikel 12, § 5, eerste lid, 26°, van de elektriciteitswet (artikel 4 van het ontwerp) bevat een bijkomend tarifair richtsnoer voor de regulator betreffende het bevorderen van elektriciteitsopslag.

Het formuleren van dergelijke richtsnoeren voor de regulator kan slechts binnen de grenzen van het Unierecht. Artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG verbiedt immers in beginsel dat de regulator bij het verrichten van de reguleringstaken directe instructies zou verlangen of ontvangen van regeringen of van andere publieke of particuliere entiteiten. In dit geval vereist artikel 15, lid 1, van richtlijn 2012/27/EU, gelezen in samenhang met bijlage XI bij die richtlijn, echter dat de lidstaten ervoor zorgen dat de netregulering en de nettarieven netbeheerders of energiedetailhandelaren niet beletten systeemdiensten beschikbaar te stellen voor vraagresponsmaatregelen, vraagbeheer en gedistribueerde opwekking op georganiseerde elektriciteitsmarkten, waaronder ook energieopslag.⁸ Het nieuwe richtsnoer laat bovendien voldoende vrijheid aan de regulator om hieraan invulling te geven, waarbij het vaststellen van een apart tariefregime ook slechts een mogelijkheid vormt en geen verplichting. Aldus begrepen lijkt het ontworpen richtsnoer verenigbaar te zijn met het Unierecht.

Artikel 5

9. Bij het ontworpen artikel 19*bis*, § 2, van de elektriciteitswet worden regelgevende bevoegdheden opgedragen aan de regulator. De opgesomde aspecten houden in wezen verband met de organisatie van balanceringsdiensten. In dat verband schrijft artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG het volgende voor:

“De regulerende instanties zijn bevoegd voor de vaststelling of de voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake:

(...)

b) de verstrekking van balanceringsdiensten, die zo economisch mogelijk worden uitgevoerd en passende stimuleringsmaatregelen bieden voor netwerkgebruikers om hun input en output op elkaar af te stemmen. De balanceringsdiensten worden op billijke en niet-discriminerende wijze verstrekt en zijn gebaseerd op objectieve criteria (...).”

Er kan dan ook worden aangenomen dat met de ontworpen delegatie uitsluitend invulling wordt gegeven aan die richtlijnbeveling en dat ze effectief aan de regulator kan worden toegestaan.

Dit geldt ook voor het ontworpen artikel 19*bis*, §§ 3 tot 5, van de elektriciteitswet.

⁸ Punt 2, f), van bijlage XI bij richtlijn 2012/27/EU.

Artikelen 6 en 9

10.1. Bij het ontworpen artikel 21*bis*, § 1*bis*, van de elektriciteitswet wordt de afname van elektriciteit van het net om een installatie voor de opslag van elektriciteit te voeden, uitdrukkelijk vrijgesteld van de federale bijdrage bedoeld in artikel 21*bis*, § 1, van die wet.

10.2. De vraag rijst evenwel of volgens de vigerende wetgeving die federale bijdrage wel verschuldigd was. Naar luid van het huidige artikel 21*bis*, § 1, tweede lid, van de elektriciteitswet is die federale bijdrage immers verschuldigd “door de op het Belgisch grondgebied gevestigde eindafnemers op elke kWh die ze voor eigen gebruik van het net afnemen”. Onder “eindafnemer” wordt verstaan elke natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit koopt voor eigen gebruik (artikel 2, 14°, van de elektriciteitswet). Aangezien volgens het ontworpen artikel 2, 63°, “opslag van elektriciteit” een “proces [is] waarbij, via een installatie, elektriciteit wordt afgenomen om die later terug te injecteren” en volgens het ontworpen artikel 2, 64° een “[i]ninstallatie voor de opslag van elektriciteit (...)” wordt gedefinieerd als een “[i]ninstallatie bestemd om elektriciteit af te nemen van het net om die later volledig, onder voorbehoud van rendementsverliezen, terug te injecteren in het net”, valt niet in te zien hoe de operator van een opslaginstallatie kan worden beschouwd als een eindafnemer die de elektriciteit afneemt voor eigen gebruik. De elektriciteit wordt immers naderhand opnieuw geïnjecteerd in het net, zodat die elektriciteit, onder voorbehoud van rendementsverliezen, alsnog aan anderen kan worden geleverd, die de enige eindafnemers van die elektriciteit zijn, en dus ook de enige bijdrageplichtigen.

Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat de hoeveelheid elektriciteit die wordt opgeslagen in een installatie voor de opslag van elektriciteit, tweemaal aan de federale bijdrage zou worden onderworpen (met uitzondering van het gedeelte dat verloren is gegaan ten gevolge van rendementsverliezen), namelijk een keer in hoofde van de operator van de installatie voor de opslag van elektriciteit en een tweede keer in hoofde van de werkelijke eindafnemer van de opnieuw geïnjecteerde elektriciteit.

Deze interpretatie spoort overigens ook met de redenen die de stellers van het ontwerp zelf aanvoeren om de installaties voor de opslag van elektriciteit vrij te stellen van de federale bijdrage. In de memorie van toelichting wordt terecht voorgehouden dat het onderwerpen aan de federale bijdrage niet in overeenstemming is met richtlijn 2003/96/EG. Artikel 14, lid 1, a), van die richtlijn schrijft voor dat de lidstaten “energieproducten en elektriciteit die worden gebruikt voor de productie van elektriciteit en elektriciteit die wordt gebruikt tot instandhouding van het vermogen elektriciteit te produceren” moeten vrijstellen van belastingen, tenzij die belastingen steunen op milieubeleidsoverwegingen. Dat is evenwel niet het geval, zoals in de memorie van toelichting zelf wordt benadrukt.

Aangezien de elektriciteit die wordt afgenomen voor een installatie voor de opslag van elektriciteit bijvoorbeeld dient voor de aandrijving van pompen om reservoirs mee te vullen, die vervolgens op piekmomenten – wat bijdraagt aan de balancerings van het netwerk, en dus de instandhouding van het vermogen om elektriciteit te produceren – weer leeglopen teneinde generatoren aan te drijven om de opgeslagen energie opnieuw om te zetten in elektriciteit door industriële elektriciteitsproductie op basis van waterkracht, kan inderdaad worden aangenomen dat het gaat om “electriciteit die [wordt] gebruikt voor de productie van elektriciteit en

elektriciteit die wordt gebruikt tot instandhouding van het vermogen elektriciteit te produceren” in de zin van de voormelde richtlijnbeeping.

10.3. De conclusie is dan ook dat de elektriciteit die wordt afgenomen om een installatie voor de opslag van elektriciteit te voeden, nu al buiten het toepassingsgebied valt van de federale bijdrage, al was het maar op grond van een richtlijnconforme interpretatie van artikel 21*bis*, § 1, van de elektriciteitswet, zoals vereist door de rechtspraak van het Hof van Justitie, op basis van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

Hieruit volgt dat het ontworpen artikel 21*bis*, § 1*bis*, van de elektriciteitswet strikt genomen niet noodzakelijk is en hooguit een declaratieve werking kan hebben. Voor zover met die ontworpen bepaling een toepassingswijze wordt aangekondigd van artikel 21*bis*, § 1, van de elektriciteitswet die afwijkt van de wijze waarop die bepaling blijkbaar thans wordt toegepast, kan ze wel zinvol zijn.

10.4. Er is bijgevolg geen reden om de aan te nemen bepaling pas in werking te laten treden op 1 januari 2018, zoals wordt bepaald in artikel 9 van het ontwerp. Er wordt immers de implementatie beoogd van een richtlijnbeeping die door de lidstaten moest worden toegepast met ingang van 1 januari 2004. Gelet op de rechtstreekse werking van de vrijstelling vervat in artikel 14, lid 1, a), van richtlijn 2003/96/EG, kunnen de betrokken operatoren zich immers nu al op die richtlijnbeeping beroepen “teneinde zich te verzetten tegen de toepassing van een nationale regeling die onverenigbaar zou zijn met deze bepaling en, derhalve, de met genoemde bepaling strijdige belasting terug te krijgen”.⁹

Artikel 8

11. Wijzigingsbepalingen moeten worden genummerd volgens de volgorde van de artikelen van de te wijzigen tekst waarop ze betrekking hebben.¹⁰ Artikel 8 van het ontwerp, dat strekt tot het aanbrengen van een wijziging in artikel 12*quinquies* van de elektriciteitswet, moet dan ook worden opgenomen in het ontwerp tussen de artikelen 4 en 5 ervan.

*

⁹ HvJ 17 juli 2008, C-226/07, *Flughafen Köln/Bonn*.

¹⁰ Zie *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling 122, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. L'avant-projet de loi vise à organiser le fonctionnement du marché en ce qui concerne la gestion de la demande (flexibilité de la demande) et le stockage de l'électricité. Pour ce faire, la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) est modifiée sur un certain nombre de points.

Le projet ajoute à l'article 2 de la loi sur l'électricité les définitions de « stockage d'électricité », d' « installation de stockage d'électricité raccordée au réseau de transport ou aux réseaux ayant une fonction de transport », d' « opérateur de service de flexibilité », de « responsable d'équilibre » et de « flexibilité de la demande » (article 2 du projet).

L'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, 2^o, de la loi sur l'électricité est modifié de manière telle que le gestionnaire du réseau de transport doit tenir compte des mécanismes de flexibilité de la demande pour garantir un réseau électrique sûr, fiable et efficace (article 3 du projet).

L'article 12, § 5, 26^o, en projet, de la loi sur l'électricité comporte une ligne directrice tarifaire supplémentaire visant à encourager le stockage d'électricité. Pour ce faire, un régime tarifaire distinct pour le stockage d'électricité peut être déterminé par le régulateur (article 4 du projet).

L'article 5 du projet vise à insérer dans la loi sur l'électricité un nouveau chapitre IVbis (« Gestion de la demande »), constitué des articles 19bis et 19ter.

L'article 19bis, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité énonce trois principes relatifs à la gestion de la demande. Premièrement, tout client final obtient le droit de valoriser sa flexibilité de la demande en recourant à son fournisseur ou à l'opérateur de service de flexibilité de son choix. Deuxièmement, tout client final est propriétaire de ses données de mesure et peut librement y donner accès à l'opérateur de service de son choix. Troisièmement, l'opérateur de service de flexibilité doit confier à un responsable d'équilibre la responsabilité de l'équilibre de la flexibilité qu'il gère. L'article 19bis, §§ 2 à 5, en projet octroie certaines compétences réglementaires au régulateur en matière de flexibilité de la demande ainsi qu'en ce qui concerne le cadre financier et contractuel du transfert de l'énergie. Ce dernier point ne s'applique toutefois que si aucune négociation commerciale entre les acteurs du marché n'aboutit à un autre accord.

Conformément à l'article 19ter, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, le gestionnaire du réseau est chargé de la gestion des données de flexibilité relatives à la

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

valorisation de la flexibilité après un transfert d'énergie. Le gestionnaire du réseau collabore à cet effet avec les personnes qui, selon la réglementation régionale, sont chargées de collecter les données de comptage et de sous-comptage (article 19^{ter}, § 2, en projet). Les coûts additionnels liés à ces tâches sont à la charge des tarifs de réseau (article 19^{ter}, § 3, en projet).

L'article 6 du projet vise à rétablir l'article 21^{bis}, § 1^{er}^{bis}, de la loi sur l'électricité. La disposition en projet prévoit que le prélèvement d'électricité en vue de son stockage est exonéré de la cotisation fédérale.

Dans l'article 23, § 2, 2°, de la loi sur l'électricité est rétabli le point 13°, lequel prévoit une mission de contrôle supplémentaire pour le régulateur en ce qui concerne la gestion des données de flexibilité de la demande par le gestionnaire du réseau « selon des critères et modalités fixés par [le régulateur] » (article 7 du projet).

L'article 12^{quinq}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité (article 8 du projet) contraint le gestionnaire du réseau à consulter les gestionnaires du réseau de distribution pour l'élaboration des procédures relatives aux services auxiliaires fournis par les utilisateurs du réseau de distribution.

La loi dont l'adoption est envisagée entre en vigueur le dixième jour suivant sa publication au Moniteur belge, à l'exception de son article 6, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (article 9 du projet).

COMPÉTENCE

3. Le dispositif en projet peut relever des compétences réservées à l'autorité fédérale en matière de « grandes infrastructures de stockage; [d]e transport et [de] production de l'énergie; », ainsi qu'en matière de tarifs, y compris les tarifs de transport et sans préjudice des compétences régionales en matière de tarifs ².

3.1. Cette compétence en matière de tarifs englobe aussi le pouvoir de fixer d'éventuels tarifs spéciaux pour le stockage. À cet égard, il n'est d'ailleurs même pas requis que les systèmes de stockage concernés soient raccordés au réseau de transport, contrairement à ce que paraît suggérer la définition figurant à l'article 2, 64°, en projet, de la loi sur l'électricité (voir à cet égard aussi l'observation 7).

3.2. La compétence fédérale concernant le réseau de transport comprend la compétence d'ajustement et la gestion de la demande sur le réseau de transport. Les dispositions en projet relatives à la flexibilité de la demande relèvent par conséquent de la compétence fédérale pour autant qu'elles concernent des clients finaux qui sont directement raccordés au réseau de transport ou des opérateurs de service de flexibilité qui, en raison de l'importance de leur portefeuille de clients finaux (autres) ³, influencent l'équilibre sur le réseau de transport. Il en irait

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

³ En effet, tant les clients finaux raccordés au réseau de transport que les autres clients finaux peuvent recourir à l'opérateur de service de leur choix (article 19^{bis}, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité).

toutefois différemment si la flexibilité de la demande avait uniquement des effets sur le réseau de distribution : dans ce cas, il s'agit en effet de régler la gestion de la demande et l'ajustement du réseau de distribution, ce qui constitue une compétence régionale. Les termes « [t]out client final » figurant à l'article 19bis, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, doivent donc être compris sous cette réserve touchant aux compétences.

Le dispositif en projet pouvant interférer avec la compétence régionale précitée, l'article 12quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, comporte à juste titre une obligation pour le gestionnaire du réseau de consulter les gestionnaires du réseau de distribution, pour ce qui est des « procédures relatives aux services auxiliaires fournis par les utilisateurs du réseau de distribution ». Le Conseil d'État ne dispose toutefois pas des connaissances techniques requises lui permettant de déterminer si une telle concertation suffit pour faire coexister le dispositif en projet et les règles régionales en matière de gestion de la demande et d'ajustement du réseau de distribution. Ce point pourra éventuellement être tranché consécutivement à la concertation requise avec les régions sur le dispositif en projet (voir l'observation 4).

S'il s'avère qu'il n'est pas possible de concilier le dispositif en projet avec les mesures relatives à la gestion de la demande qui ont déjà été prises par les régions dans le cadre de leurs compétences, le champ d'application du dispositif en projet devra être remanié de manière à permettre uniquement aux opérateurs de services de flexibilité d'agir à l'égard des clients finaux sur le réseau de transport.

Quoi qu'il en soit, l'autorité fédérale et les régions peuvent accorder leurs politiques en matière de gestion de la demande et de flexibilité en concluant un accord de coopération, ce qui leur permettrait de dépasser le découpage du réseau imposé par les règles répartitrices de compétences. Un tel accord de coopération pourrait même s'avérer nécessaire dans le cadre d'une transposition intégrale de la directive 2012/27/UE ⁴.

FORMALITÉS

4. L'organisation de mécanismes de flexibilité pour la demande constitue un aspect relevant des « grands axes de la politique énergétique nationale » au sens de l'article 6, § 3, 3^o, de la loi spéciale 'de réformes institutionnelles' du 8 août 1980. Le dispositif en projet doit par conséquent faire l'objet d'une concertation avec les régions, ce qui n'a pas encore été fait ⁵.

Si cette concertation devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

⁴ Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 'relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE'. Concernant la réalisation de la transposition intégrale et concluante du droit européen par la voie d'accords de coopération entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, voir C.J. 12 juin 2014, C-156/13, *Digibet et Albers*.

⁵ Il est mentionné dans la notification de la séance du Conseil des ministres du 2 décembre 2016 que l'avant-projet de loi peut être soumis au Comité de concertation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Le texte néerlandais du projet doit faire l'objet d'un examen approfondi. Certaines parties sont peu lisibles ou constituent de mauvaises traductions du texte français, de sorte que l'on ne peut en saisir la portée qu'à la lecture de cette version linguistique⁶. Il convient d'y remédier.

6. Il convient d'insérer entre l'article 1^{er} et l'article 2 du projet un nouvel article faisant mention des différentes directives qui sont partiellement transposées par le projet, à savoir :

- la directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 'restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité' ;

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

- la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 'relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE'.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

7. Ainsi qu'il a déjà été précisé dans l'observation 3.1, la compétence de l'autorité fédérale en matière de tarifs ne se limite pas aux tarifs de stockage dans des systèmes de stockage raccordés au réseau de transport. Mieux vaut dès lors omettre le segment de phrase « raccordée au réseau de transport ou aux réseaux ayant une fonction de transport » dans l'article 2, 64°, en projet de la loi sur l'électricité. Par ailleurs, plus loin dans le projet, les termes « installations de stockage d'électricité » sont utilisés seuls, sans le segment de phrase précité⁷.

Article 4

8. L'article 12, 5, alinéa 1^{er}, 26°, en projet, de la loi sur l'électricité (article 4 du projet) comporte une ligne directrice tarifaire complémentaire pour le régulateur en vue d'encourager le stockage d'électricité.

De telles lignes directrices destinées au régulateur ne peuvent être formulées que dans les limites du droit de l'Union. En effet, l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la

⁶ Voir, par exemple, l'article 19ter, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet : « flexibiliteitsgegevens met betrekking tot de valorisatie van de flexibiliteit die een energieoverdracht met zich meebrengt », ou bien l'article 23, § 2, alinéa 2, 13°, en projet : « het beheer van vraagflexibiliteitsgegevens met een energieoverdracht ».

⁷ Voir l'article 12, § 5, alinéa 1^{er}, 26°, en projet (article 4 du projet) et l'article 21bis, § 1^{er}bis, en projet (article 6 du projet).

directive 2009/72/CE interdit en principe au régulateur de solliciter ou d'accepter des instructions directes des gouvernements ou d'autres entités publiques ou privées dans l'exercice des tâches de régulation. Dans ce cas, l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2012/27/UE, combiné avec l'annexe XI de cette directive, impose cependant aux États membres de veiller à ce que la régulation et la tarification du réseau n'empêchent pas les gestionnaires de réseau ou les fournisseurs d'énergie de fournir des services de système dans le cadre des mesures d'effacement de consommation, de la gestion de la demande et de la production distribuée sur les marchés organisés de l'électricité, notamment aussi du stockage de l'énergie⁸. La nouvelle ligne directrice laisse en outre suffisamment de marge de manœuvre au régulateur en termes de mise en œuvre, la fixation d'un régime tarifaire distinct n'étant qu'une possibilité et non une obligation. Interprétée en ce sens, le ligne directrice en projet paraît se concilier avec le droit européen.

Article 5

9. L'article 19*bis*, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité confère des pouvoirs réglementaires au régulateur. Les aspects énumérés concernent essentiellement l'organisation des services d'ajustement. À cet égard, l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE impose ce qui suit :

« Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir :

(...)

b) les conditions de la prestation de services d'ajustement, qui sont assurés de la manière la plus économique possible et qui fournissent aux utilisateurs du réseau des éléments d'incitation appropriés pour qu'ils équilibrent leur apport et leur consommation. Les services d'ajustement sont équitables et non discriminatoires et fondés sur des critères objectifs (...) ».

Il peut dès lors être admis que la délégation en projet met uniquement en œuvre cette disposition de la directive et qu'elle peut effectivement être attribuée au régulateur.

Il en va de même pour l'article 19*bis*, §§ 3 à 5, en projet, de la loi sur l'électricité.

Articles 6 et 9

10.1. À l'article 21*bis*, § 1^{er}*bis*, en projet, de la loi sur l'électricité, le prélèvement d'électricité sur le réseau en vue d'alimenter une installation de stockage d'électricité est explicitement exonéré de la cotisation fédérale visée à l'article 21*bis*, § 1^{er}, de cette loi.

10.2. La question se pose toutefois de savoir si cette cotisation fédérale était effectivement due selon la législation en vigueur. Aux termes de l'actuel article 21*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, cette cotisation fédérale est en effet due « par les clients finals établis sur le territoire belge, sur chaque kWh qu'ils prélèvent du réseau pour leur usage propre ».

⁸ Point 2, f), de l'annexe XI de la directive 2012/27/UE.

Par « client final », on entend toute personne physique ou morale achetant de l'électricité pour son propre usage (article 2, 14°, de la loi sur l'électricité). Dès lors que, selon l'article 2, 63°, en projet, le « stockage d'électricité » est un « processus consistant, via une installation, à prélever de l'électricité en vue de la réinjecter ultérieurement » et que, selon l'article 2, 64°, en projet, une « [i]nstallation de stockage d'électricité (...) » est définie comme une « [i]nstallation destinée à prélever de l'électricité du réseau en vue de la réinjecter ultérieurement dans le réseau, dans sa totalité sous réserve des pertes de rendement », on n'aperçoit pas comment l'opérateur d'une installation de stockage peut être considéré comme un client final qui prélève de l'électricité pour son propre usage. En effet, l'électricité est réinjectée ultérieurement dans le réseau, de sorte que cette électricité pourra, sous réserve des pertes de rendement, être fournie à d'autres, qui seront les seuls clients finaux de cette électricité et, partant, aussi les seuls à être redevables de la cotisation.

En juger autrement aurait pour effet de soumettre deux fois à la cotisation fédérale la quantité d'électricité stockée dans une installation de stockage d'électricité (à l'exception de la partie qui a été perdue à la suite de pertes de rendement), à savoir une première fois en ce qui concerne l'opérateur de l'installation de stockage d'électricité, et une seconde fois en ce qui concerne le client final effectif de l'électricité qui a été réinjectée.

Cette interprétation s'accorde d'ailleurs aussi avec les motifs qu'invoquent les auteurs du projet eux-mêmes pour exonérer de la cotisation fédérale les installations de stockage d'électricité. Dans l'exposé des motifs, il est soutenu à bon droit qu'il n'est pas conciliable avec la directive 2003/96/CE de les soumettre à la cotisation fédérale. L'article 14, paragraphe 1, a), de cette directive prévoit en effet que les États membres doivent exonérer de taxation « les produits énergétiques et l'électricité utilisés pour produire de l'électricité et l'électricité utilisée pour maintenir la capacité de produire de l'électricité », à moins que cette taxation se fonde sur des raisons ayant trait à la protection de l'environnement. Tel n'est toutefois pas le cas, comme le souligne lui-même l'exposé des motifs.

Étant donné que l'électricité prélevée pour alimenter une installation de stockage d'électricité, par exemple, sert à entraîner des pompes en vue de remplir des réservoirs qui, ensuite, lors de pics de consommation, – contribuant ainsi à l'ajustement du réseau et donc au maintien de la capacité de produire de l'électricité – seront à nouveau vidés afin d'entraîner des générateurs qui transformeront à nouveau en électricité l'énergie stockée par un mode de production industrielle de l'électricité basé sur la force hydraulique, il peut en effet être admis qu'il s'agit d'une « électricité utilisé[e] pour produire de l'électricité et [d'une] électricité utilisée pour maintenir la capacité de produire de l'électricité » au sens de la disposition de la directive précitée.

10.3. Force est dès lors d'en conclure que l'électricité prélevée pour alimenter une installation de stockage d'électricité sort d'ores et déjà du champ d'application de la cotisation fédérale, ne serait-ce qu'en vertu d'une interprétation, conforme à la directive, de l'article 21bis, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité, comme le requiert la jurisprudence de la Cour de Justice, sur la base de l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne.

Il s'ensuit que l'article 21*bis*, § 1^{er}*bis*, en projet, de la loi sur l'électricité n'est pas, à strictement parler, nécessaire et peut tout au plus être de nature déclarative. Dans la mesure où cette disposition en projet prévoit un mode d'application de l'article 21*bis*, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité, qui s'écarte de la manière dont cette disposition est manifestement appliquée actuellement, elle peut certes être pertinente.

10.4. Par conséquent, il n'y a pas lieu de ne faire entrer en vigueur la disposition envisagée que le 1^{er} janvier 2018, comme le prévoit l'article 9 du projet. En effet, il s'agit de mettre en œuvre une disposition de directive qui devait être appliquée par les États membres à partir du 1^{er} janvier 2004. Vu l'effet direct de l'exonération contenue à l'article 14, paragraphe 1, a), de la directive 2003/96/CE, les opérateurs concernés peuvent en effet invoquer dès à présent cette disposition « en vue d'écarter l'application d'une réglementation nationale qui serait incompatible avec cette disposition et, partant, d'obtenir le remboursement d'une taxe contraire à celle-ci »⁹.

Article 8

11. Il y a lieu de numéroté les dispositions modificatives selon l'ordre des articles du texte à modifier auxquels elles se rapportent¹⁰. L'article 8 du projet, qui vise à apporter une modification à l'article 12*quinquies* de la loi sur l'électricité, figurera donc entre les articles 4 et 5 du projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

⁹ C.J., 17 juillet 2008, C-226/07, *Flughafen Köln/Bonn*.

¹⁰ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 122, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).