



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 65.181/3
van 14 februari 2019

over

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

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 65.181/3
du 14 février 2019

sur

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché
de l’électricité portant la
mise en place d’un
mécanisme de
rémunération de capacité’

Op 11 januari 2019 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 houdende de implementatie van een capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 5 februari 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 februari 2019.

*

Le 11 janvier 2019, 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 portant la mise en place d'un mécanisme de rémunération de capacité’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 5 février 2019. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, 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 14 février 2019.

*

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de wijziging van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet), met het oog op de invoering van een capaciteitsvergoedingsmechanisme dat tegemoet moet komen aan het probleem van de ontoereikendheid van de beschikbare capaciteit ten opzichte van de afnamevraag inzake elektriciteit.

Artikel 2 van het voorontwerp voegt een reeks definities toe aan artikel 2 van de Elektriciteitswet.

Artikel 3 van het voorontwerp strekt tot de invoering van een nieuw opschrift (“Capaciteitsmechanismen”) van hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet. De huidige artikelen 7bis tot 7decies van de Elektriciteitswet worden bij artikel 4 van het voorontwerp ondergebracht in een nieuwe afdeling 1 (“Strategische reserve”) van dat hoofdstuk. Het is de bedoeling dat de ontworpen regeling inzake het capaciteitsvergoedingsmechanisme op termijn de huidige regeling voor de strategische reserve overbodig maakt.²

De artikelen 5 en 6 van het voorontwerp strekken tot de invoering van een nieuwe afdeling 2 (“Capaciteitsvergoedingsmechanisme”) in hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet met daarin één onderdeel, namelijk het ontworpen artikel 7undecies. Er wordt een capaciteitsvergoedingsmechanisme ingesteld, dat functioneert op basis van periodieke veilingen (ontworpen artikel 7undecies, § 1, eerste lid). De corresponderende verplichtingen voor de netbeheerder en de contractuele tegenpartij³ zullen openbaredienstverplichtingen uitmaken (ontworpen artikel 7undecies, § 1, tweede lid). De veilingen worden door de netbeheerder georganiseerd zowel vier jaar als één jaar voor de periode waarin de capaciteitslevering moet plaatsvinden^{4,5} en worden gebaseerd op voorafgaande marktstudies (ontworpen artikel 7undecies,

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

² Zie in dat verband ook artikel 13 van het voorontwerp.

³ Voor zover die van de netbeheerder verschilt. De gemachtigde geeft daarover volgende toelichting: “De contractuele tegenpartij kan de netbeheerder zijn of een andere entiteit. Dit is momenteel neutraal geformuleerd omdat de keuze samenhangt met de financieringswijze. Inderdaad, de entiteit die de middelen ontvangt ter financiering van het mechanisme dient logischerwijze dezelfde te zijn als degene die de contractuele verplichtingen aangaat met de capaciteitsleveranciers. Aangezien de financieringswijze pas later wordt vastgelegd per koninklijk besluit, zal ook de contractuele tegenpartij pas later worden aangeduid. Afhankelijk van de gekozen financieringswijze kan de contractuele tegenpartij daarom de netbeheerder zijn, een administratie of een onafhankelijke derde entiteit.”

⁴ Uit de definitie van de term “periode van capaciteitslevering” in het ontworpen artikel 2, 74° (lees: 77°), van de Elektriciteitswet blijkt dat die periode telkens loopt van 1 november tot 31 oktober van het erop volgende jaar.

§ 2). Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 3, strekt tot het bepalen van het te bereiken niveau van bevoorradingszekerheid. Bij het ontworpen artikel 7*undecies*, § 4, wordt de Koning gemachtigd om de “criteria en/of modaliteiten” te bepalen om in aanmerking te komen voor de prekwalificatieprocedure. De deelname aan die prekwalificatieprocedure is verplicht voor alle “in aanmerking komende”⁶ houders van productiecapaciteit gelokaliseerd in de Belgische regelzone, en staat ook open voor alle andere in aanmerking komende capaciteitshouders in de Belgische regelzone, en onder voorwaarden bepaald door de Koning, ook voor buitenlandse capaciteitshouders. Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 5, regelt de indiening van een investeringsdossier voor capaciteitshouders die een capaciteitscontract wensen te verkrijgen voor meer dan één periode van capaciteitslevering, alsook de klassering door de commissie voor de regulering van de elektriciteit (hierna: de CREG) van de aangeboden capaciteit in capaciteitscategorieën. Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 6, regelt de organisatie van de veilingen. Na afloop van die veilingen sluiten de capaciteitsleveranciers een capaciteitscontract met de door de Koning overeenkomstig het ontworpen artikel 7*quaterdecies* aangewezen contractuele tegenpartij. Op basis van dat capaciteitscontract ontvangen de capaciteitsleveranciers een capaciteitsvergoeding in ruil voor de geleverde capaciteit, maar ze moeten het positieve verschil tussen de referentieprijs en de uitoefenprijs terugbetalen aan de contractuele tegenpartij. Naargelang de capaciteitscategorie slaat de capaciteitslevering op een, drie, acht of vijftien perioden (ontworpen artikel 7*undecies*, § 7). De nadere regels voor de werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme worden opgesteld door de netbeheerder en goedgekeurd door de CREG (ontworpen artikel 7*undecies*, § 8). De CREG ziet toe op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme (ontworpen artikel 7*undecies*, § 9).

De artikelen 7 en 8 van het voorontwerp strekken tot het invoegen van een nieuwe afdeling 3 (“Gerichte veilingen”) in hoofdstuk II*bis* van de Elektriciteitswet, met één onderdeel, namelijk het ontworpen artikel 7*duodecies*, dat de minister bevoegd voor energie (hierna: de minister) de mogelijkheid geeft om gerichte veilingen te organiseren wanneer blijkt dat er een manifest risico bestaat voor de bevoorradingszekerheid van de Belgische regelzone of dat de instelling van een capaciteitsvergoedingsmechanisme of de verwezenlijking van nieuwe capaciteit te veel tijd vergen. Bij die veilingen worden dezelfde uitgangspunten gehanteerd als voor het capaciteitsvergoedingsmechanisme zoals bepaald in artikel 7*undecies*, §§ 2 tot 8, met dien verstande dat de gerichte veilingen een gedeeltelijke implementatie kunnen inhouden van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en dat aanvullende veilingen nodig kunnen zijn.

De artikelen 9 en 10 van het voorontwerp strekken tot het invoegen van een nieuwe afdeling 4 (“Bouw van nieuwe elektriciteitsproductie-installaties”) in hoofdstuk II*bis* van de Elektriciteitswet, met één onderdeel, namelijk het ontworpen artikel 7*terdecies* op basis waarvan de Koning “iedere maatregel” kan nemen die “rechtstreeks of onrechtstreeks leidt tot de bouw van nieuwe elektriciteitsproductie-installaties teneinde ’s lands bevoorradingszekerheid te verzekeren”.

⁵ Zie ook het ontworpen artikel 7*undecies*, § 6, van de Elektriciteitswet.

⁶ Dat zijn de capaciteitshouders die voldoen aan de voorwaarden die de Koning overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 4, eerste lid, van de Elektriciteitswet zal vaststellen. Zo zullen kleine productie-installaties niet rechtstreeks kunnen deelnemen, maar wel via een aggregator.

De artikelen 11 en 12 van het voorontwerp voegen een nieuwe afdeling 5 (“Financiering van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en aanstelling van de contractuele tegenpartij”) in hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet in, met één onderdeel, namelijk het ontworpen artikel 7*quaterdecies* dat de Koning machtigt om de financieringswijze van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de gerichte veilingen en de maatregelen van het ontworpen artikel 7*terdecies* en de “modaliteiten” (lees: nadere regels) van de afwenteling van de te financieren bedragen te regelen. De resulterende koninklijke besluiten worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad indien ze niet bij wet worden bekrachtigd binnen twaalf maanden na de inwerkingtreding ervan (ontworpen artikel 7*quaterdecies*, § 1). De kosten die de netbeheerder intussen al zou maken, worden ten laste gelegd van de reeds bestaande toeslag op de tarieven bedoeld in artikel 7*octies* (ontworpen artikel 7*quaterdecies*, § 2).

Artikel 13 van het voorontwerp bevat een delegatie aan de Koning om de artikelen 5, 7*bis*, §§ 1 tot 4, en 7*ter* tot 7*novies* van de Elektriciteitswet op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het de bedoeling is de regeling inzake de strategische reserve uit te laten doven, gelet op de introductie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme.

Artikel 14 van het voorontwerp voorziet in een complexe regeling van de inwerkingtreding van respectievelijk de artikelen 5 en 6, de artikelen 7 en 8, alsook de artikelen 9 en 10 van de aan te nemen wet, namelijk tien dagen na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van een bericht waaruit blijkt dat er geen staatssteunbezwaren zijn tegen de maatregel in kwestie.

VORMVEREISTEN

3. De ontworpen regeling inzake het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de gerichte veilingen, de bouw van nieuwe productie-installaties en de financiering kunnen worden beschouwd als staatssteun, zodat ze moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie. Krachtens artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), moet de Europese Commissie immers van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte worden gebracht. De stellers van het voorontwerp zijn zich daar terdege van bewust, zoals blijkt uit artikel 14 van het voorontwerp, dat voorziet in de inwerkingtreding van verscheidene van de ontworpen maatregelen nadat is gebleken dat er geen staatssteunbezwaren zijn tegen de maatregel in kwestie.

Het is evenwel niet mogelijk om nu reeds, op het niveau van de ontworpen wetsbepalingen, te beoordelen wat de draagwijdte is van de staatssteunmaatregelen. Dat zal pas mogelijk zijn wanneer de uitvoeringsmaatregelen door de Koning en door de netbeheerder (zie over dat laatste opmerking 5.3) in ontwerpvorm zijn vastgesteld. Zoals de gemachtigde zelf heeft aangegeven,⁷ is ook de keuze van de contractuele tegenpartij bepalend om uit te maken voor welke financieringswijze wordt gekozen. In het bijzonder voor de ontworpen regeling inzake de bouw van nieuwe elektriciteitsproductie-installaties is de delegatie aan de Koning zo ruim geformuleerd (zie daarover de opmerkingen 13 tot 13.2) dat volstrekt onduidelijk is of die zal

⁷ Zie voetnoot 3.

leiden tot staatssteunmaatregelen en hoe die eruit zullen zien, zodat het geen zin heeft om nu reeds over te gaan tot aanmelding.

Er lijkt dan ook geen noodzaak te bestaan om de inwerkingtreding van (een deel van) de ontworpen regeling uit te stellen, aangezien de voormelde uitvoeringsmaatregelen hoe dan ook pas uitwerking kunnen krijgen nadat ze zijn aangemeld en de bevindingen van de Europese Commissie ter harte zijn genomen. Daar komt nog bij, zoals wordt uiteengezet in opmerking 17, dat de voormelde inwerkingtredingsregeling incoherent en rechtsonzeker is. Ten slotte is die inwerkingtredingsregeling ook niet dienstig voor de hypothese dat de bevindingen van de Europese Commissie alsnog nopen tot aanpassingen van de aan te nemen wetsbepalingen, aangezien het daarvoor niet relevant is – in afwachting van de voormelde uitvoeringsmaatregelen – of die wetsbepalingen al in werking zijn getreden of niet.

4. Aangezien met de ontworpen regeling beoogd wordt om ook buitenlandse capaciteitsleveranciers de mogelijkheid te geven om deel te nemen aan de veilingen, heeft ze ook gevolgen voor de capaciteit in de buurlanden. In een mededeling⁸ van 2013 met betrekking tot de interne elektriciteitsmarkt wees de Europese Commissie erop dat overheidsinterventie door een lidstaat gevolgen heeft voor het energiebeleid van de omliggende lidstaten. De Commissie vroeg de lidstaten om reeds vroeg bij het ontwerpen van dergelijke maatregelen overleg te plegen, onder meer om de mogelijkheid van gezamenlijke mechanismes te onderzoeken.⁹⁻¹⁰

Uit het aan de Raad van State voorgelegde dossier kan niet worden afgeleid dat een dergelijk overleg heeft plaatsgevonden. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De buurlanden zijn terdege op de hoogte van de intenties omtrent een Belgisch capaciteitsvergoedingsmechanisme. De FOD Economie heeft reeds overleg gepleegd met de Ierse en de Britse autoriteiten, aangezien in deze landen gelijkaardige mechanismen in werking zijn. Ook de netbeheerder heeft reeds contacten gehad met de collega’s in het buitenland. Tot slot hebben reeds informele contacten plaatsgevonden met de Europese Commissie en de buurlanden in het kader van internationale vergaderingen.

Meer formeel overleg zal uiteraard plaatsvinden in de voorbereiding van de deelname van buitenlandse capaciteit, en eerder nog volgens de stappen waarin de Market Design Verordening zal voorzien.”

⁸ 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 mechanismes te onderzoeken.”

⁹ 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’ verplicht de lidstaten overigens om bij de uitvoering van maatregelen die de elektriciteitsvoorziening moeten verzekeren, rekening te houden met de interne markt en met de mogelijkheden van grensoverschrijdende samenwerking ten behoeve van de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening.

¹⁰ Zie ook adv.RvS 54.884/3 van 20 januari 2014 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 26 maart 2014 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3357/001, 26 (opmerking 5).

Gelet op artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat de plicht tot loyale samenwerking inhoudt, zou dit overleg het best worden gevoerd op een meer formele en concrete wijze.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van dat 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

5.1. Zoals de Raad van State al opmerkte naar aanleiding van de invoering van de huidige regeling inzake de strategische reserve,¹¹ wordt het bij artikel 5, lid 2, f, van richtlijn 2005/89/EG¹² aan de lidstaten toegestaan om te voorzien in “aanbestedingsprocedures of procedures inzake transparantie en non-discriminatie gelijkwaardig zijn overeenkomstig artikel 7, lid 1, van Richtlijn 2003/54/EG” (thans: artikel 8, lid 1, van richtlijn 2009/72/EG¹³), teneinde een evenwicht tussen de elektriciteitsvraag en de beschikbare productiecapaciteit te handhaven. Artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG heeft betrekking op de procedure voor de aanbesteding van nieuwe productiecapaciteit, zoals uitgewerkt in artikel 5 van de Elektriciteitswet.¹⁴ Tegen deze achtergrond moet worden besloten dat het in het voorontwerp geregelde capaciteitsvergoedingsmechanisme, evenals het daarvan afgeleide systeem van gerichte veilingen, principieel met het unierecht verenigbare instrumenten zijn om de bevoorradingszekerheid te verzekeren, maar dat daarbij bepaalde waarborgen in acht moeten worden genomen.

De organisatie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, met inbegrip van de regeling van de veilingsmodaliteiten, wordt immers in grote mate in handen gegeven van de netbeheerder, die de werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme moet opstellen met het oog op het zo veel mogelijk stimuleren van de concurrentie van de veilingen, het voorkomen van misbruik van de markt, het verzekeren van de economische efficiëntie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en het respecteren van de technische beperkingen van het net en het technisch reglement (ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, van de Elektriciteitswet). Op zich beschouwd stroken die beginselen met de vereisten inzake de aanbestedingsprocedure bedoeld in artikel 8 van richtlijn 2009/72/EG¹⁵ en met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de

¹¹ Adv.RvS 54.884/3, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3357/001, 27-28 (opmerking 6).

¹² 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’.

¹³ 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’.

¹⁴ Bij artikel 13 van het voorontwerp wordt de Koning gemachtigd om artikel 5 van de Elektriciteitswet (en dus de erin vervatte aanbestedingsprocedure met het oog op de strategische reserve) op te heffen, wat voor gevolg zou hebben dat de nu ontworpen regeling uiteindelijk de enige aanbestedingsprocedures voor nieuwe capaciteit zal inhouden.

¹⁵ Zie in het bijzonder artikel 8, lid 3, derde alinea, ervan.

Europese Unie betreffende het vrij verkeer met betrekking tot niet-geharmoniseerde procedures voor overheidsopdrachten.¹⁶

5.2. Net als voor de verenigbaarheid van het voorontwerp met de staatssteunregels (zie opmerking 3), kan nu, op het niveau van de ontworpen wetsbepalingen, nog niet worden beoordeeld of de in opmerking 5.1 geschetste beginselen inzake transparantie en non-discriminatie bij de toepassing van de regeling zullen worden nageleefd. Daarover zal slechts uitsluitsel kunnen worden gegeven bij het uitwerken van de beoogde uitvoeringsmaatregelen.

Zoals blijkt uit de meer specifieke opmerkingen 5.4 tot 5.6, is de huidige regeling in het wetsontwerp in het licht van de voormelde beginselen in elk geval onvolkomen en op enkele punten potentieel problematisch. Het is dan ook uiterst raadzaam om in elk geval de basiswaarborgen inzake objectieve, transparante, en niet-discriminerende procedures reeds in het voorontwerp zelf vast te stellen, of de Koning te machtigen dat op algemene (en dus niet aan specifieke veilingen gebonden) wijze te doen.

5.3. De delegaties aan de Koning die verband houden met de werkingsregels in het ontworpen artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet zijn op zich niet problematisch, maar dat is anders voor de delegatie in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, aan de netbeheerder om, na raadpleging van de netgebruikers, de “werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme ter goedkeuring voor [te leggen] aan de [CREG]”.

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad en de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt om praktische redenen en voor zover zij een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische en niet-beleidsmatige draagwijdte hebben, en er mag worden van uitgegaan dat de instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen of er toezicht op uitoefenen, ook het best geplaatst zijn om deze met kennis van zaken uit te werken.

In dit geval is manifest niet voldaan aan de zo-even geschetste voorwaarden, aangezien de delegatie betrekking heeft op fundamentele regels inzake het capaciteitsvergoedingsmechanisme, met inbegrip van sancties.¹⁷ Indien het niet mogelijk is om deze regels in het voorontwerp van wet verder uit te werken, moet de vaststelling ervan aan de Koning worden gedelegeerd.

¹⁶ Voor toepassingen, zie: HvJ 14 juni 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*; HvJ 17 juli 2008, C-347/06, *ASM Brescia*; HvJ 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, *SECAP*. Zie bovendien de artikelen 10 en 20 van het verdrag ‘inzake het Energiehandvest’, gedaan te Lissabon op 17 december 1994, waar zowel België als de Europese Unie partij bij zijn (en dat, na de wijzigingen aan het oud artikel 133 van het EG-verdrag – thans artikel 207 van het VWEU – door het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007, geacht moet worden sindsdien grotendeels te vallen binnen de exclusieve bevoegdheden van de Unie op het gebied van externe handel).

¹⁷ Zie het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, tweede lid, 3°, van de Elektriciteitswet.

De omstandigheid dat is voorzien in een goedkeuringstoezicht door de CREG doet geen afbreuk aan die vaststelling. De conclusie zou overigens niet anders zijn indien de bevoegdheid tot het vaststellen van de werkingsregels aan de CREG zou worden gedelegeerd.

5.4. De in opmerking 5.1 geschetste beginselen inzake transparantie en non-discriminatie veronderstellen dat de draagwijdte van de vast te stellen werkingsregels voldoende op voorhand gekend is voor de capaciteitshouders, zodat zij de kosten kunnen inschatten die een deelname aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme voor hen zal inhouden. Die vaststelling klemmt des te meer aangezien sancties worden verbonden aan de niet-naleving van de werkingsregels (zie het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, tweede lid, 3°, van de Elektriciteitswet).

Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, derde lid, vereist dat de werkingsregels – die ingevolge opmerking 5.3 door de Koning zullen moeten worden vastgesteld – uiterlijk op 15 mei van elk jaar worden bekendgemaakt, zodat ze bekend zijn bij de capaciteitshouders op het moment dat de netbeheerder uiterlijk op 1 juni het prekwalificatieproces opstart, overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 4, tweede lid.

Indien de betrokken werkingsregels van die aard zijn dat ze moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie als staatssteun (zie opmerking 3), hetgeen erg waarschijnlijk is gelet op de elementen die in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, eerste en tweede lid, worden vermeld, zou deze al vrij krappe timing in het gedrang kunnen komen. Ofwel zullen dan ook de werkingsregels reeds eerder moeten worden uitgewerkt – eventueel in dit voorontwerp zelf – zodat de resterende, uiterlijk op 15 mei van elk jaar vast te stellen regels geen nieuwe elementen meer bevatten die een bijkomende aanmelding als staatssteun nodig maken, ofwel zal bij de timing van de uitwerking van de werkingsregels rekening moeten worden gehouden met de wachttermijn die gepaard gaat met de aanmelding bij de Europese Commissie.

5.5. De mogelijkheid om prijslimieten¹⁸ in te stellen waarvan gewag wordt gemaakt in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 2, eerste lid, 2°, van de Elektriciteitswet, kan bij onoordeelkundig gebruik een verstoring van de marktwerking met zich mee brengen. Er zal dan ook op moeten worden toegezien dat de in opmerking 5.1 geschetste beginselen inzake transparantie en non-discriminatie niet in het gedrang komen door het instellen van prijslimieten.

5.6. Zoals in de opmerkingen 8.1 en 8.2 wordt uiteengezet, wordt de buitenlandse capaciteit, zeker in de eerste jaren, anders behandeld dan de binnenlandse capaciteit, op een wijze die niet verenigbaar lijkt met het gelijkheidsbeginsel en bijgevolg ook niet met de in opmerking 5.1 geschetste beginselen inzake transparantie en non-discriminatie.

6. De memorie van toelichting bevat naast een korte algemene inleiding een uiteenzetting over de ontworpen regeling die is ingedeeld in titels en afdelingen, maar die indeling is niet afgestemd op de artikelsgewijze indeling van het voorontwerp. Dat maakt het moeilijk voor de lezer om na te gaan met welke artikelen van het voorontwerp de verscheidene onderdelen van die uiteenzetting overeenstemmen. Dit moet duidelijkheidshalve worden

¹⁸ Dit is overeenkomstig het ontworpen artikel 2, 76° (lees: 79°), van de Elektriciteitswet de maximale prijs van de biedingen toegestaan op de veiling.

verholpen, hetzij door de huidige memorie van toelichting artikelsgewijs te structureren, hetzij door een afzonderlijke artikelsgewijze toelichting toe te voegen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

7. Aangezien de opsomming in het huidige artikel 2 van de Elektriciteitswet al 70 onderdelen telt (met als laatste de term “black-start dienst”¹⁹), moeten de nieuw ontworpen definities, die aanvangen met 68°, worden vernummerd naar 71° tot 87°.

Artikel 6

8.1. Overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 4, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet worden de voorwaarden inzake de deelname van houders van rechtstreekse en onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de prekwalificatieprocedure bepaald door de Koning “vóór voor het eerste leveringsjaar” (in de Franse tekst: “pour la première période de livraison de capacité”). Ook indien eigenlijk wordt bedoeld “voorafgaand aan het eerste leveringsjaar” rijst de vraag waarom daardoor de mogelijkheid wordt uitgesloten voor houders van buitenlandse capaciteit om deel te nemen aan de prekwalificatieprocedure met het oog op de eerste veiling die vier jaar voor de periode van capaciteitslevering plaatsvindt.²⁰ De gemachtigde gaf de volgende toelichting over deze verschillende behandeling van houders van binnenlandse en buitenlandse capaciteit:

“Zoals de Europese Commissie aangeeft in haar sectoronderzoek²¹, is het noodzakelijk te voorzien in de mogelijkheid tot deelname van buitenlandse capaciteit aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme. In vergelijkbare mechanismen in het buitenland, merken we dat zij meestal eerst voorzien in impliciete deelname van buitenlandse capaciteit door toe te laten dat de interconnectoren deelnemen.

De voorwaarden waarnaar in artikel 7*undecies*, § 4, eerste lid, 3° verwezen wordt, slaan echter op de expliciete deelname van buitenlandse capaciteit. Expliciete deelname vereist dat akkoorden afgesloten worden met de buurlanden. De ontwikkeling van een gepast juridisch en administratief kader voor expliciete deelname van buitenlandse capaciteit hangt dus niet enkel van België af. Dit is bovendien een complex gegeven en zal de nodige tijd vergen (opzetten van register van buitenlandse capaciteiten, afspraken over de controle van beschikbaarheid en andere verplichtingen, enz.).

Om de tijdige invoering van een capaciteitsvergoedingsmechanisme in België niet op de helling te zetten, is daarom voorop gesteld dat de buitenlandse capaciteit ten laatste aan de veiling één jaar voor het eerste leveringsjaar (‘T-1’) expliciet zal kunnen deelnemen. Deze timing moet gelezen worden als uiterste deadline voor het sluiten van de

¹⁹ Ingevoegd bij de wet van 30 juli 2018 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met het oog op het aanpassen van het wettelijk kader voor de strategische reserve’.

²⁰ Zie immers het ontworpen artikel 7*undecies*, § 2, eerste lid, en § 6, eerste lid, van de Elektriciteitswet.

²¹ Voetnoot in het citaat van de gemachtigde: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/capacity_mechanisms_final_report_nl.pdf.

nodige akkoorden met de buurlanden. In afwachting hiervan zullen tussentijdse oplossingen voorzien worden, eventueel gedifferentieerd per grens, zoals de deelname van interconnectoren aan de veilingen. In elk geval zal vanaf de eerste veiling ‘T-4’ (veiling vier jaar voor het eerste leveringsjaar) rekening gehouden worden met de bijdrage van buitenlandse capaciteit tot ’s lands bevoorradingszekerheid (bijvoorbeeld bij de bepaling van het benodigde volume voor de bevoorradingszekerheid).

De prekwalificatievoorwaarden voor buitenlandse capaciteit moeten dus vastgesteld worden voorafgaand aan het eerste leveringsjaar en meer bepaald om deel te kunnen nemen aan de eerste veiling T-1.”

8.2. Die verantwoording volstaat niet om aan te tonen dat met de verschillende behandeling²² op evenredige wijze een dwingende vereiste van maatschappelijk belang wordt nagestreefd, waardoor de betrokken beperking van het vrij verkeer van diensten kan worden gerechtvaardigd. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de veiling “T-4” bij uitstek gericht zal zijn op het bouwen van nieuwe capaciteit, terwijl de veiling “T-1” veeleer op snel beschikbare capaciteit zal slaan. Het is dan ook zeer goed denkbaar dat capaciteitshouders die kunnen deelnemen aan de veiling “T-4”, al in grote mate voldoen aan de capaciteitsvraag, waardoor de veiling “T-1” maar op een sterk beperkte capaciteitsvraag betrekking zal hebben. Dat is met name het geval wanneer gebruik wordt gemaakt van contracten met acht of vijftien perioden.²³

Voorts komt het als paradoxaal over dat de stellers van het voorontwerp omwille van met buurlanden te sluiten akkoorden de deelname van aanbieders van buitenlandse capaciteit aan een veiling “T-4” praktisch onmogelijk achten, terwijl dat bezwaar blijkbaar niet rijst voor de deelname aan een veiling “T-1”. Indien het imminente karakter van de *eerste* veiling “T-4” de reden is waarom die aanbieders van buitenlandse capaciteit er niet aan kunnen deelnemen, valt ook niet in te zien waarom dat bezwaar dan noodzakelijk zou gelden voor *alle* toekomstige veilingen “T-4”.

De ontworpen verschillende behandeling van aanbieders van binnenlandse en buitenlandse capaciteit zal dan ook alsnog een deugdelijke verantwoording moeten krijgen in het licht van deze bedenkingen; zo niet zal de hele regeling moeten worden herzien.

8.3. Deze opmerking geldt ook voor de gerichte veilingen bedoeld in het ontworpen artikel 7*duodecies* van de Elektriciteitswet, in zoverre bij paragraaf 2 van dat artikel de principes van het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in het ontworpen artikel 7*undecies*, §§ 2 tot 8, worden toegepast. Ook indien ervan wordt uitgegaan dat houders van buitenlandse capaciteit aan die veilingen kunnen deelnemen, moet hun uitsluiting voor veilingen “T-4” inzake het capaciteitsvergoedingsmechanisme nog steeds worden verantwoord in zoverre die veilingen plaatsvinden voor eventuele gerichte veilingen (wat ook waarschijnlijk lijkt).

²² Nog afgezien van de vraag of het hier niet gaat om een rechtstreekse discriminerende beperking op grond van de herkomst van de diensten, in welk geval enkel de uitzonderingsgronden vervat in de artikelen 51 en 52 van het VWEU (gelezen in samenhang met artikel 62 van het VWEU) kunnen worden ingeroepen, namelijk de uitoefening van het openbaar gezag, de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

²³ Zie het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, vierde lid, van de Elektriciteitswet.

9. Het valt niet uit te sluiten dat eigenaars van interconnectoren als capaciteitshouder deelnemen aan veilingen, namelijk doordat zij capaciteit kunnen waarborgen via hun interconnector van (buitenlandse) producenten. In zoverre de netbeheerder belangen heeft in eigenaars die aldus aan een veiling deelnemen, rijst de vraag of hij wel op onbevengene wijze kan optreden bij de organisatie van zo'n veiling. Die vraag klemmt nog meer voor de onderneming die belast is met de ontwikkeling en het onderhoud van de infrastructuur en de uitrustingen die deel uitmaken van de offshore interconnector (bekend als de Nemo Link), aangezien de netbeheerder overeenkomstig artikel 9bis, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet verplicht is om rechtstreeks of onrechtstreeks het bezit te hebben van minstens de helft van het kapitaal en de stemrechten verbonden aan de effecten uitgegeven door deze onderneming.

De gemachtigde verklaarde hierover het volgende:

“L'objectif est de faire participer les capacités étrangères dès la première enchère. La participation des interconnexions n'est donc pas l'option poursuivie. Celle-ci est uniquement envisagée dans l'hypothèse où l'on ne parviendrait pas à organiser la participation des capacités étrangères à temps pour cette première enchère. Si tel devait être le cas, les interconnexions seront admises dans les enchères, comme proxy pour ces capacités étrangères. Cette approche a été appliquée dans d'autres pays, pour répondre à la demande de la Commission Européenne d'avoir une participation transfrontalière. Dans ce cas, les interconnexions pourraient en effet être considérées comme des capacités dans le système CRM, comme étape intermédiaire à un élargissement aux capacités étrangères.

La question des conflits d'intérêts dans le chef d'ELIA a en effet été soulevée à de nombreuses reprises lors de nos travaux internes sur le CRM, et de manière ouverte en comité de suivi des études sur la 'Détermination d'un mécanisme de rémunération de la capacité pour la Belgique'. Le dimensionnement du mécanisme est certes élaboré par ELIA mais, dans un cadre strict déterminé par le Roi sur base d'avis de la CREG, de consultation des acteurs du marché. Il s'agit ici de critères techniques qui peuvent être analysés sur des bases objectives. De plus, il est prévu qu'à l'article 6 '§ 4. Le Roi définit, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les critères et/ou modalités d'éligibilité à la procédure de préqualification. Ces critères et/ou modalités visent : (...) 3° les conditions auxquelles les détenteurs de capacité étrangère directe et indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification. Ces conditions sont fixées, après avis de la commission et du gestionnaire du réseau, pour la première période de livraison de capacité ; elles tiennent compte de la contribution effective attendue de cette capacité à la sécurité d'approvisionnement en Belgique et de la conclusion d'accords entre les gestionnaires de réseau concernés.'. Ces critères devront notamment assurer qu'il n'y a aucun conflit d'intérêt dans le chef d'ELIA.

En ce qui concerne les aspects financiers, si des conflits d'intérêts apparaissent si ELIA était partie prenante dans le financement du mécanisme, selon le mode de financement qui devra être déterminé par le Roi, l'article 7^{quaterdecies} de nomination de la contrepartie contractuelle prévoit également que 'Le Roi détermine, [...] désigne, par le même arrêté, la contrepartie contractuelle et, le cas échéant, les contrôles administratifs et financiers auxquels cette contrepartie est soumise.'

Par ailleurs, l'article 6 prévoit que '§ 9. Le contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité est confié à la commission, qui dispose à cet effet des pouvoirs qui lui sont reconnus à l'article 26, § 1^{er}bis, alinéa 1^{er}. Le Roi peut déterminer les modalités de ce contrôle, sans préjudice des compétences reconnues à la commission par l'article 23, § 2.'. Cet arrêté devra veiller à éviter les conflits d'intérêts potentiels."

Het is nog maar de vraag of de zo-even geschetste problemen inzake belangenconflicten kunnen worden opgelost door besluiten genomen ter uitvoering van de machtiging aan de Koning in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 4, om “de criteria en/of modaliteiten [te bepalen] voor het in aanmerking komen voor de prekwalificatieprocedure”. Daarmee zou men capaciteitshouders kunnen weren die de netbeheerder in een situatie van belangenconflicten zouden brengen, maar het is twijfelachtig of dat de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp. Het is eveneens twijfelachtig of de procedure in die mate te “objectiveren” valt dat de veiling een mathematische operatie wordt die geen belangenconflicten zou opleveren.

Daar komt nog bij dat die belangenconflicten ook kunnen rijzen na afloop van de veiling, zelfs indien rekening wordt gehouden met opmerking 5.3 en de vaststelling van de werkingsregels wordt overgelaten aan de Koning in plaats van aan de netbeheerder. De netbeheerder ziet overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, tweede lid, toe op de beschikbaarheid van de gecontracteerde capaciteit.

De conclusie is dan ook dat het ontworpen artikel 7*undecies* moet worden aangevuld met bepalingen die een dergelijke toestand van belangenconflicten tegengaan op een structurele wijze, namelijk door te bepalen dat wanneer zo’n toestand zich voordoet, overeenkomstig artikel 8, lid 5, van richtlijn 2009/72/EG een andere instantie dan de netbeheerder (“transmissiesysteembeheerder”) die wordt vermeld in de tweede zin van lid 5, instaat voor de organisatie van en het toezicht en de controle op de aanbestedingsprocedure, namelijk een instantie die voldoet aan de vereisten vervat in de eerste zin, zoals bijvoorbeeld de CREG.

10. Overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 6, derde lid, van de Elektriciteitswet kan een capaciteitshouder die geselecteerd is na de prekwalificatieprocedure, beslissen om niet deel te nemen aan de erop volgende veiling voor het geheel of een deel van zijn capaciteit, “op voorwaarde dat hij de netbeheerder er voorafgaand aan de veiling van op de hoogte brengt”. Op de vraag wat de rechtsgevolgen zijn indien een capaciteitshouder niet wenst deel te nemen aan de veiling maar nalaat om de netbeheerder tijdig op de hoogte te brengen, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De deelname aan de prekwalificatie is overeenkomstig artikel 7*undecies* §4 een verplichting voor iedere in aanmerking komende houder van productiecapaciteit gelokaliseerd in de Belgische regelzone. Elke andere in aanmerking komende capaciteitshouder mag een prekwalificatiedossier indienen. De (verplichte) deelname aan de prekwalificatie is belangrijk opdat de netbeheerder kan vaststellen welk volume beschikbaar is en om onder meer na te kunnen gaan of alle vergunningen voorhanden zijn of aangevraagd kunnen worden.

Echter, de deelname aan de veiling zelf is vrijwillig. Inderdaad, elke capaciteitshouder kan zelf de afweging maken of hij al dan niet in aanmerking wenst te komen voor een capaciteitsvergoeding, en in ruil daarvoor de overeenkomstige verplichtingen aanvaardt – onder meer een beschikbaarheidsverplichting – en de mogelijkheid opgeeft om aanspraak te maken op piekprijzen (aangezien hij het verschil tussen de referentieprijs en de uitoefenprijs dient terug te betalen aan de contractuele tegenpartij).

Het is dan ook niet de intentie een sanctie op te leggen aan de capaciteitshouders die niet wensen deel te nemen aan de veiling. Dit dient inderdaad wel tijdig te worden gemeld opdat de netbeheerder rekening kan houden met dit volume bij het ontwerp van de veiling. De notie ‘tijdig’ (alsook de andere prekwificatie- en veilingsmodaliteiten) zullen vastgelegd worden in de werkingsregels.”

Met deze uitleg kan worden ingestemd, maar daarmee is nog niet duidelijk wat de rechtsgevolgen zijn van een laattijdige melding van een capaciteitshouder. Dit zou ofwel in het voorontwerp zelf geregeld moeten worden, ofwel moet worden voorzien in een machtiging aan de Koning om dit te regelen.

11. Het is de Raad van State niet duidelijk waarom in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, van de Elektriciteitswet enkel gewag wordt gemaakt van vier mogelijke perioden voor de capaciteitscontracten, namelijk een, drie, acht of vijftien perioden. Men kan zich immers voorstellen dat deze strakke regeling leidt tot afstemmingsproblemen met fiscale afschrijvingsregels en andere steunregimes (zoals gewestelijke groenestroomcertificaten).²⁴

De gemachtigde gaf de volgende toelichting:

“De basisidee van het capaciteitsvergoedingsmechanisme is dat de volledige capaciteit aangeschaft wordt die nodig is om de bevoorradingszekerheid van het land te verzekeren tegen de laagst mogelijke kost.

De capaciteitsvergoeding is het resultaat van een veiling en wordt toegekend aan de goedkoopste capaciteit. Indien het mechanisme goed werkt, zal het leiden tot een dekking van de missing money van de geselecteerde capaciteit (verschil dat ontstaat door het onvermogen om de vaste kosten te dekken via inkomsten uit de markt), maar de hoogte van de vergoeding en wie de begunstigden zijn, zullen dus *in fine* het resultaat zijn van een competitief proces. Het doel is om de meest competitieve capaciteit te ondersteunen met het oog op de verzekering van de bevoorradingszekerheid en omhelst geen engagement om een welbepaald onderdeel van een project te financieren of een welbepaalde technologie te ondersteunen – integendeel, het mechanisme moet technologieneutraal zijn.

De vergoeding wordt toegekend aan de geselecteerde en dus meest competitieve capaciteitshouders en standaard zullen deze de vergoeding ontvangen voor de duur van één jaar. De geselecteerde capaciteit krijgt deze vergoeding om beschikbaar te zijn. Elk jaar worden twee veilingen georganiseerd (voor levering binnen vier jaar en voor levering binnen één jaar) en het staat capaciteitshouders vrij om elk jaar opnieuw mee te bieden en opeenvolgende contracten trachten binnen te halen.

Naast technologieneutraal, moet het mechanisme echter ook een level playing field creëren tussen bestaande en nieuwe capaciteit. Inderdaad, zoals de Europese Commissie aangeeft in haar sectoronderzoek moet een capaciteitsvergoedingsmechanisme zo ontworpen zijn dat zowel nieuwe als bestaande capaciteiten met elkaar kunnen concurreren.

²⁴ Voor een illustratie van de juridische problemen die kunnen rijzen bij het niet op elkaar afgestemd zijn van een steunregeling voor (groene)stroomprojecten en van fiscale afschrijvingsregels: RvS 8 maart 2018, nr. 240.974, *nv Vlaamse Ecologie - Energie - en Milieuonderneming (VLEEMO)*.

Om deze reden wordt voorzien dat naast de standaardcontracten, langere contracten worden toegekend. Langere contracten voor projecten waarbij geïnvesteerd wordt in renovaties of in het bouwen van nieuwe capaciteit vallen te rechtvaardigen, doordat zij het risico geassocieerd met deze investeringen verlagen en de betrokken capaciteiten op deze manier succesvol kunnen concurreren in eenzelfde veiling met capaciteit die niet dient te investeren.

Het is noodzakelijk om met blokken van minstens een jaar te werken, aangezien de veilingen jaarlijks georganiseerd worden. Het voorontwerp van wet bepaalt dat, naast de standaardcontracten van één jaar, contracten voor drie, acht of vijftien jaar toegekend kunnen worden.

De voorgestelde perioden zijn geïnspireerd op wat ook in andere landen gangbaar is. Zo kan nieuwe en te rooveren capaciteit in Ierland een aanvraag indienen om een andere lengte van het contract te krijgen, en dit tot tien jaar in sommige gevallen. In Frankrijk kan nieuwe capaciteit capaciteitsgaranties voor zeven jaar krijgen. In het Verenigd Koninkrijk kan nieuwe capaciteit een contract voor 15 jaar aangaan, terwijl capaciteit die een renovatie ondergaat een contract van drie jaar kan krijgen.

De toewijzing wordt gedaan door de regulator, die zijn beslissing enkel zal laten afhangen van de hoogte van de investering. De investeringsdrempels die bepalen voor welke contractduur een capaciteitshouder in aanmerking komt en de criteria voor het evalueren van de investeringskosten worden vooraf vastgelegd bij koninklijk besluit. De duur moet uiteraard voor de veiling bekend gemaakt worden aan de betrokken capaciteitshouder opdat deze hiermee rekening kan houden bij zijn keuze tot deelname en zijn prijszetting.”

Deze toelichting verantwoordt waarom er contracten van langere duur kunnen worden ingevoerd en waarom de lengte ervan kan variëren. Er wordt echter niet uiteengezet waarom dat alles moet resulteren in een strakke regeling met slechts vier mogelijke looptijden. De stellers van het voorontwerp wordt dan ook ter overweging gegeven om ter zake een meer flexibele regeling uit te werken.

Artikel 8

12. Bij het ontworpen artikel 7*duodecies*, § 1, van de Elektriciteitswet wordt de minister gemachtigd om “na overleg in de ministerraad, het na te streven volume aan veilingen, alsook de andere parameters die noodzakelijk zijn voor de organisatie van de veiling” te bepalen.

Nog afgezien van de grondwettelijke bezwaren die rijzen tegen de inmenging van de wetgever in de interne werking van de uitvoerende macht door te bepalen dat een bevoegdheid moet worden uitgeoefend door een bepaalde minister,²⁵ kan een delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister enkel betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden, wat impliceert dat die aangelegenheden exhaustief worden vermeld.

²⁵ Dat bezwaar rijst overigens ook tegen de delegatie van individuele beslissingsbevoegdheid aan de minister om “bij een in Ministerraad overlegd besluit, een gerichte veiling [te] organiseren”. Die bevoegdheid moet aan de Koning worden overgelaten.

De ontworpen delegatie heeft betrekking op fundamentele regels met betrekking tot een steunregeling. Het belang van de beoogde regeling wordt overigens bevestigd door het vereiste van overleg in de Ministerraad waarin de stellers van het voorontwerp hebben voorzien. De delegatie aan de minister moet dan ook worden vervangen door een delegatie aan de Koning.

Artikel 10

13. Bij het ontworpen artikel 7*terdecies* van de Elektriciteitswet wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, “iedere maatregel” te nemen die “rechtstreeks of onrechtstreeks leidt tot de bouw van nieuwe elektriciteitsproductie-installaties teneinde ’s lands bevoorradingszekerheid te verzekeren”.

Deze delegatie is zeer ruim geformuleerd, onder meer door het gebruik van de woorden “iedere maatregel” en “rechtstreeks of onrechtstreeks”. In de memorie van toelichting wordt de delegatie weliswaar enigszins nader omschreven doordat wordt vermeld dat het gaat om “een ondergeschikte maatregel die een antwoord beoogt te bieden op een dringende situatie, waarop slechts beroep kan worden gedaan nadat behoorlijk werd vastgesteld dat het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de strategische reserve en de organisatie van gerichte veilingen de problemen inzake de bevoorradingszekerheid en het gebrek aan investeringen in nieuwe capaciteiten die op het land wegen niet kunnen oplossen binnen de vereiste termijn”. Die omschrijving neemt echter niet weg dat er heel wat instrumenten zijn die de Koning op grond van deze machtiging kan aanwenden om te komen tot de bouw van nieuwe elektriciteitsproductie-installaties.

13.1. In zoverre het de bedoeling is om aangelegenheden te regelen die door de Grondwet niet zijn voorbehouden aan de wetgever, bestaat volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof geen bezwaar tegen een dergelijk ruime delegatie.²⁶ Dit neemt niet weg dat de democratische legitimiteit van de met de delegatie beoogde regeling zou worden versterkt door de voornaamste onderdelen ervan in de wet te regelen. De openbare bespreking ervan in het parlement biedt daarenboven meer inzicht in de belangenafweging die daarbij werd gemaakt, dan het geval is voor een regeling bij besluit.

13.2. In zoverre het de bedoeling is om aangelegenheden te regelen die door de Grondwet aan de wetgever zijn voorbehouden (zoals bijvoorbeeld het geval is voor beperkingen aan grondrechten zoals het eigendomsrecht, die een optreden van de wetgever vergen), moeten minstens de essentiële elementen van dergelijke aangelegenheden in de ontworpen wetsbepaling worden geregeld. Indien dat niet mogelijk is doordat de wetgever zich in de onmogelijkheid zou bevinden om zelf die essentiële elementen vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen om tijdig op te treden,²⁷ moet worden

²⁶ GwH 15 januari 2009, nr. 8/2009, B.6.2; GwH 8 maart 2012, nr. 36/2012, B.6.1-B.6.2; GwH 18 juli 2013, nr. 107/2013, B.10.2; GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.8.; GwH 28 april 2016, nr. 56/2016, B.14.4; GwH 28 april 2016, nr. 57/2016, B.24; GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.6.3; GwH 22 september 2016, nr. 118/2016, B.4.

²⁷ Hetgeen volgens het Grondwettelijk Hof vereist is om een delegatie die ook betrekking heeft op de essentiële elementen van een voorbehouden aangelegenheid toe te laten; zie GwH 7 juli 2016, nr. 107/2016, B.4.2. Dit zou ook het best in de memorie van toelichting worden verantwoord.

voorzien in een bekrachtiging van de koninklijke besluiten die dergelijke essentiële elementen regelen binnen een relatief korte termijn, die moet worden vastgesteld in de machtigingsbepaling. Tevens moet worden bepaald dat indien die besluiten niet binnen die termijn worden bekrachtigd, ze geacht worden geen uitwerking te hebben gehad.

Artikel 12

14. Bij het ontworpen artikel 7*quaterdecies*, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, en na advies van de CREG en de netbeheerder, “de financieringswijze van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en, in voorkomend geval, van de maatregelen vervat in de artikelen 7*duodecies* en 7*terdecies*, alsook de modaliteiten van de afwenteling van de te financieren bedragen” te bepalen.

Aangezien het zeer goed denkbaar is dat deze machtiging het instellen van verplichte bijdragen behelst, en dus betrekking heeft op voorbehouden aangelegenheden, is terecht voorzien in een bekrachtigingsregeling (zie het ontworpen derde lid). Er zal evenwel ook moeten kunnen worden aangetoond dat er redenen zijn waardoor de inachtneming van de parlementaire procedure de wetgever niet in staat zou stellen om zelf tijdig in een regeling te voorzien.

15. Overeenkomstig het ontworpen artikel 7*quaterdecies*, § 2, van de Elektriciteitswet worden “[i]n afwachting van de eerste toepassing van de financieringswijze bepaald krachtens lid 1, [lees: paragraaf 1], (...) de kosten van de netbeheerder verbonden aan de verplichtingen die hem worden opgelegd krachtens artikel 7*undecies* en, in voorkomend geval, krachtens artikel 7*duodecies* en artikel 7*terdecies*, gedekt door de toeslag op de tarieven vermeld in artikel 7*octies*”. In dat laatste artikel wordt echter een onderscheid gemaakt tussen de netto kostprijs van de betrokken openbaredienstverplichting inzake de strategische reserve (die wordt gedekt door een tarifaire toeslag) en de door de netbeheerder opgelopen werkingskosten met betrekking tot deze openbaredienstverplichting (die ten laste worden gelegd van de nettarieven). De vraag rijst dan ook of voor de financiering van de kosten van de netbeheerder ingevolge de ontworpen regeling ook geen dergelijk onderscheid moet worden gemaakt.

De gemachtigde gaf daarover de volgende toelichting:

“Artikel 7*quaterdecies*, § 2 heeft enkel als voorwerp de kosten van de netbeheerder en niet de eigenlijke vergoedingen aan de capaciteitsleveranciers. Inderdaad, ter voorbereiding van het capaciteitsvergoedingsmechanisme dient de netbeheerder een aantal werkzaamheden uit te voeren (bijvoorbeeld het ontwerpen en voorstellen van een methodologie voor het bepalen van het noodzakelijke capaciteitsvolume en de veilingparameters, zoals bepaald in artikel 7*undecies*. § 2). Artikel 7*quaterdecies*, § 2 verschaft een wettelijke basis voor de vergoeding van deze kosten gemaakt door de netbeheerder in afwachting van het koninklijk besluit dat de financieringswijze van het mechanisme en de afwenteling van de kosten zal vastleggen.”

Indien het de bedoeling is, zoals uit de uitleg van de gemachtigde kan worden afgeleid, enkel de door de netbeheerder opgelopen werkingskosten te vergoeden overeenkomstig de ontworpen paragraaf 2, moet dat meer uitdrukkelijk tot uiting komen in de ontworpen bepaling. Bovendien rijst dan de vraag waarom dan in dit geval de werkingskosten van de netbeheerder ten laste worden gelegd van de tarifaire toeslag, terwijl de werkingskosten voor de openbardienstverplichting inzake de strategische reserve overeenkomstig artikel 7octies, tweede lid, van de Elektriciteitswet ten laste worden gelegd van de nettarieven.

Artikel 13

16. Bij artikel 13 van het voorontwerp wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, “de artikelen 5 en 7bis[, paragrafen 1 tot 4,] tot 7novies” (lees: de artikelen 5, 7bis, §§ 1 tot 4, en 7ter tot 7nonies) van de Elektriciteitswet op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen.

In de memorie van toelichting wordt daarover het volgende uiteengezet:

“Aangezien de mechanismen voorzien bij dit wetsontwerp ertoe strekken om op termijn het mechanisme van de strategische reserve te vervangen, in overeenstemming met de engagementen die de Belgische Staat genomen heeft ten opzichte van de Europese Commissie, machtigt dit wetsontwerp de Koning om de overbodige bepalingen van de artikelen 7bis tot 7novies van de Elektriciteitswet met betrekking tot de strategische reserve op te heffen. Bepaalde bepalingen van deze artikelen blijven echter relevant, met name deze die de netbeheerder opdragen om elke twee jaar een lange termijn studie uit te voeren over de flexibiliteit en de bevoorradingszekerheid van het land, en de mogelijkheid voor de Minister om aan de transmissienetbeheerder enige andere studie te vragen in het kader van de bevoorradingszekerheid.”

Deze delegatie zou niet problematisch zijn geweest indien ze was beperkt tot de opheffing van de opgesomde wetsbepalingen. Nu echter aan de Koning de bevoegdheid wordt verleend om die bepalingen eveneens aan te vullen, te wijzigen of te vervangen zonder aanduiding van het inhoudelijke voorwerp daarvan, heeft ze een veel ruimere draagwijdte dan hetgeen in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, terwijl dat allicht niet de bedoeling is. Het is dan ook aangewezen om in de ontworpen bepaling nader te omschrijven wat dat inhoudelijke voorwerp is, zoals bijvoorbeeld het afstemmen van bepaalde te behouden bepalingen op de ontworpen regeling inzake het capaciteitsvergoedingsmechanisme.

Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 13.2, kan de regeling van essentiële elementen van aangelegenheden die door de Grondwet aan de wetgever zijn voorbehouden bovendien enkel aan de Koning worden overgelaten indien de wetgever zich in de onmogelijkheid zou bevinden om zelf die essentiële elementen vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen om tijdig op te treden en moet daarbij worden voorzien in een bekrachtiging van de koninklijke besluiten die dergelijke essentiële elementen regelen binnen een relatief korte termijn, die moet worden vastgesteld in de machtigingsbepaling. Tevens moet worden bepaald dat indien die besluiten niet binnen die termijn worden bekrachtigd, ze geacht worden geen uitwerking te hebben gehad. Dat is alvast het geval voor de aanvulling, wijziging of vervanging van artikel 7octies van de Elektriciteitswet, dat betrekking heeft op de verplichte

bijdragen voor de financiering van de kostprijs van de strategische reserve en van de werkingskosten van de netbeheerder.

Artikel 14

17. Artikel 14 van het voorontwerp voorziet in een complexe regeling van de inwerkingtreding van respectievelijk de artikelen 5 en 6, de artikelen 7 en 8, alsook de artikelen 9 en 10 van de aan te nemen wet, namelijk tien dagen na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van een bericht waaruit blijkt dat er geen staatssteunbezwaren zijn tegen de maatregel in kwestie.

Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 3, lijkt er geen noodzaak te zijn voor een dergelijke uitgestelde inwerkingtreding. Daar komt nog bij dat de ontworpen bepaling ook de volgende intrinsieke tekortkomingen vertoont, waardoor het beter is om ervan af te zien.

17.1. In de eerste plaats worden het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de gerichte veilingen en de bouw van nieuwe elektriciteitsproductie-installaties elk afzonderlijk vermeld door een verwijzing naar de artikelen waarmee ze worden ingevoerd, zodat ze los van elkaar in werking zouden kunnen treden. Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat ze afzonderlijk zullen worden aangemeld en, op zijn minst op het niveau van de ontworpen wetsbepalingen, los van elkaar zouden worden beoordeeld door de Europese Commissie. Zo wordt voor het systeem van gerichte veilingen (artikelen 7 en 8 van het voorontwerp) gebruik gemaakt van dezelfde instrumenten als voor het algemeen capaciteitsvergoedingsmechanisme (artikelen 5 en 6 van het voorontwerp).

17.2. In de tweede plaats valt niet in te zien waarom wel wordt voorzien in een uitgestelde inwerkingtreding voor de drie voormelde maatregelen, maar niet voor de artikelen 11 en 12 van de aan te nemen wet, die betrekking hebben op de financieringswijze van die drie maatregelen en die bijgevolg essentieel zijn voor de beoordeling van de verenigbaarheid van die maatregelen met de staatssteunregeling.

*

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

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) en vue d'instaurer un mécanisme de rémunération de capacité qui doit répondre au problème de l'inadéquation entre les capacités de production disponibles et la demande en électricité.

L'article 2 de l'avant-projet ajoute une série de définitions à l'article 2 de la loi sur l'électricité.

L'article 3 de l'avant-projet vise à doter le chapitre IIbis de la loi sur l'électricité d'un nouvel intitulé (« Mécanismes de capacité »). L'article 4 de l'avant-projet insère les articles 7bis à 7decies actuels de la loi sur l'électricité dans une nouvelle section 1^{ère} (« Réserve stratégique ») de ce chapitre. L'objectif poursuivi est qu'à terme le dispositif en projet concernant le mécanisme de rémunération de capacité rende superflu le régime actuel de la réserve stratégique ².

Les articles 5 et 6 de l'avant-projet visent à insérer, dans le chapitre IIbis de la loi sur l'électricité, une nouvelle section 2 (« Mécanisme de rémunération de capacité ») composée d'un seul élément, à savoir l'article 7undecies, en projet. Un mécanisme de rémunération de capacité, fonctionnant par le biais de mises aux enchères récurrentes, est instauré (article 7undecies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet). Les obligations correspondantes incombant au gestionnaire du réseau et à la contrepartie contractuelle ³ constitueront des obligations de service public (article 7undecies, § 1^{er}, alinéa 2, en projet). Les mises aux enchères sont organisées par le gestionnaire du réseau tant quatre ans qu'un an avant la période au cours de laquelle la fourniture de capacité doit avoir lieu ⁴⁻⁵ et elles sont basées sur des études de marché préalables

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

² Voir également à cet égard l'article 13 de l'avant-projet.

³ Pour autant qu'elle diffère du gestionnaire du réseau. Sur ce point, le délégué donne les explications suivantes : « De contractuele tegenpartij kan de netbeheerder zijn of een andere entiteit. Dit is momenteel neutraal geformuleerd omdat de keuze samenhangt met de financieringswijze. Inderdaad, de entiteit die de middelen ontvangt ter financiering van het mechanisme dient logischerwijze dezelfde te zijn als degene die de contractuele verplichtingen aangaat met de capaciteitsleveranciers. Aangezien de financieringswijze pas later wordt vastgelegd per koninklijk besluit, zal ook de contractuele tegenpartij pas later worden aangeduid. Afhankelijk van de gekozen financieringswijze kan de contractuele tegenpartij daarom de netbeheerder zijn, een administratie of een onafhankelijke derde entiteit ».

⁴ Il ressort de la définition du terme « période de fourniture de capacité » donnée à l'article 2, 74° (lire : 77°), en projet, de la loi sur l'électricité que cette période court chaque fois du 1^{er} novembre au 31 octobre de l'année suivante.

(article 7undecies, § 2, en projet). L'article 7undecies, § 3, en projet, vise à fixer le niveau de sécurité d'approvisionnement à atteindre. L'article 7undecies, § 4, en projet, habilite le Roi à définir les « critères et/ou modalités » d'éligibilité à la procédure de préqualification. La participation à cette procédure de préqualification est obligatoire pour tout détenteur de capacité de production « éligible »⁶ localisé dans la zone de réglage belge, et elle est également ouverte à tout autre détenteur de capacité éligible localisé dans la zone de réglage belge, ainsi que, aux conditions définies par le Roi, à tout détenteur de capacité étranger. L'article 7undecies, § 5, en projet, règle l'introduction d'un dossier d'investissement pour les détenteurs de capacité souhaitant obtenir un contrat de capacité pour plus d'une période de fourniture de capacité, ainsi que le classement, par la commission de régulation de l'électricité (ci-après : la CREG), de la capacité offerte en catégories de capacité. L'article 7undecies, § 6, en projet, règle l'organisation des mises aux enchères. À l'échéance de ces mises aux enchères, les fournisseurs de capacité signent un contrat de capacité avec la contrepartie contractuelle désignée par le Roi conformément à l'article 7quaterdecies, en projet. Sur la base de ce contrat de capacité, les fournisseurs de capacité reçoivent une rémunération de capacité en échange de la capacité fournie, mais ils doivent rembourser à la contrepartie contractuelle la différence positive entre le prix de référence et le prix d'exercice. Selon la catégorie de capacité, la fourniture de capacité porte sur une, trois, huit ou quinze périodes (article 7undecies, § 7, en projet). Les règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité sont établies par le gestionnaire du réseau et approuvées par la CREG (article 7undecies, § 8, en projet). La CREG veille au bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité (article 7undecies, § 9, en projet).

Les articles 7 et 8 de l'avant-projet visent à insérer, dans le chapitre IIbis de la loi sur l'électricité, une nouvelle section 3 (« Mise aux enchères ponctuelle »), composée d'un élément unique, à savoir l'article 7duodecies, en projet, qui permet au ministre qui a l'énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) d'organiser une mise aux enchères ponctuelle s'il s'avère qu'il existe un risque manifeste pour la sécurité d'approvisionnement dans la zone de réglage belge ou que les délais de mise en œuvre du mécanisme de rémunération de la capacité ou les délais de réalisation de nouvelles capacités sont trop longs. Cette mise aux enchères se fonde sur les mêmes principes que ceux qui régissent le mécanisme de rémunération de capacité fixés à l'article 7undecies, §§ 2 à 8, étant entendu que la mise aux enchères ponctuelle peut impliquer une mise en œuvre partielle du mécanisme de rémunération de capacité et nécessiter des mises aux enchères additionnelles.

Les articles 9 et 10 de l'avant-projet visent à insérer, dans le chapitre IIbis de la loi sur l'électricité, une nouvelle section 4 (« Construction de nouvelles installations de production d'électricité »), composée d'un seul élément, à savoir l'article 7terdecies, en projet, en vertu duquel le Roi peut prendre « toute autre mesure menant directement ou indirectement à la construction de nouvelles installations de production d'électricité, afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement du pays ».

⁵ Voir également l'article 7undecies, § 6, en projet, de la loi sur l'électricité.

⁶ Il s'agit des détenteurs de capacité répondant aux conditions que le Roi fixera conformément à l'article 7undecies, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité. Ainsi, les petites installations de production ne pourront pas participer directement, mais bien par l'intermédiaire d'un agrégateur.

Les articles 11 et 12 de l'avant-projet insèrent, dans le chapitre IIbis de la loi sur l'électricité, une nouvelle section 5 (« Financement du mécanisme de rémunération de la capacité et désignation de la contrepartie contractuelle »), composée d'un seul élément, à savoir l'article 7*quaterdecies*, en projet, qui habilite le Roi à déterminer le mode de financement du mécanisme de rémunération de capacité, de la mise aux enchères ponctuelle et des mesures contenues à l'article 7*terdecies*, en projet, ainsi que les modalités de répercussion des montants à financer. Les arrêtés royaux qui en résulteront seront réputés n'avoir jamais produit leurs effets s'ils ne sont pas confirmés par la loi dans les douze mois de leur entrée en vigueur (article 7*quaterdecies*, § 1^{er}, en projet). Les coûts que le gestionnaire du réseau supporterait déjà entre-temps sont couverts par la surcharge tarifaire, qui existe déjà, visée à l'article 7*octies* (article 7*quaterdecies*, § 2, en projet).

L'article 13 de l'avant-projet délègue au Roi le pouvoir d'abroger, de compléter, de modifier ou de remplacer les articles 5, 7*bis*, §§ 1^{er} à 4, et 7*ter* à 7*novies* de la loi sur l'électricité. Il ressort de l'exposé des motifs que l'on vise l'extinction du régime de la réserve stratégique, compte tenu de l'instauration du mécanisme de rémunération de capacité.

L'article 14 de l'avant-projet prévoit un régime complexe d'entrée en vigueur, respectivement, des articles 5 et 6, des articles 7 et 8, ainsi que des articles 9 et 10 de la loi à adopter, à savoir dix jours après la publication au Moniteur belge d'un avis dont il ressort que la mesure en question ne soulève pas d'objections au regard des aides d'État.

FORMALITÉS

3. Les règles en projet concernant le mécanisme de rémunération de capacité, la mise aux enchères ponctuelle, la construction de nouvelles installations de production et le financement peuvent être considérées comme une aide d'État, qui doivent dès lors être notifiées à la Commission européenne. En effet, en vertu de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), la Commission européenne doit être informée, en temps utile, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Les auteurs de l'avant-projet en sont parfaitement conscients, ainsi qu'il ressort de l'article 14 de l'avant-projet, qui prévoit l'entrée en vigueur de plusieurs des mesures en projet après qu'il se sera avéré que la mesure en question ne soulève pas d'objections au regard des aides d'État.

Il n'est toutefois pas possible d'apprécier dès à présent la portée des mesures d'aides d'État au niveau des dispositions législatives en projet. Cette appréciation ne pourra se faire que lorsque le Roi et le gestionnaire du réseau auront fixé les mesures d'exécution sous la forme de projet (voir sur ce dernier point l'observation 5.3). Ainsi que le délégué l'a lui même indiqué ⁷, le choix de la contrepartie contractuelle est également déterminant pour définir le mode de financement choisi. Plus particulièrement, la délégation accordée au Roi concernant les règles en projet relatives à la construction de nouvelles installations de production d'électricité est formulée en des termes à ce point généraux (voir à ce propos les observations 13 à 13.2) qu'il

⁷ Voir la note de bas de page 3.

n'apparaît pas du tout clairement si elles constitueront des mesures d'aides d'État et quelle forme elles prendront, si bien qu'il n'est guère utile de procéder dès à présent à la notification.

Il ne paraît dès lors pas nécessaire de postposer l'entrée en vigueur (d'une partie) de la réglementation en projet, dès lors que les mesures d'exécution précitées ne pourront de toute façon produire leurs effets qu'après avoir été notifiées et avoir été conformées aux conclusions de la Commission européenne. En outre, ainsi qu'il est exposé dans l'observation 17, le régime d'entrée en vigueur susmentionné est incohérent et source d'insécurité juridique. Enfin, ce régime d'entrée en vigueur n'est pas non plus utile dans l'hypothèse où les conclusions de la Commission européenne requièrent encore des adaptations des dispositions législatives à adopter, la question important peu de savoir à cet égard – dans l'attente des mesures d'exécution précitées – si ces dispositions législatives sont déjà entrées en vigueur ou non.

4. Dès lors que le dispositif en projet entend également permettre aux fournisseurs de capacité étrangers de prendre part aux enchères, il a aussi des effets sur la capacité dans les pays voisins. Dans une communication⁸ de 2013 relative au marché intérieur de l'électricité, la Commission européenne a indiqué que l'intervention publique d'un État membre a des effets sur la politique énergétique des États voisins. La Commission a invité les États membres à coopérer dès l'instant où de telles mesures sont envisagées, notamment en examinant la possibilité de mettre en place des mécanismes communs⁹⁻¹⁰.

Il ne peut se déduire du dossier transmis au Conseil d'État qu'une telle concertation a eu lieu. À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De buurlanden zijn terdege op de hoogte van de intenties omtrent een Belgisch capaciteitsvergoedingsmechanisme. De FOD Economie heeft reeds overleg gepleegd met de Ierse en de Britse autoriteiten, aangezien in deze landen gelijkaardige mechanismen in werking zijn. Ook de netbeheerder heeft reeds contacten gehad met de collega's in het buitenland. Tot slot hebben reeds informele contacten plaatsgevonden met de Europese Commissie en de buurlanden in het kader van internationale vergaderingen.

Meer formeel overleg zal uiteraard plaatsvinden in de voorbereiding van de deelname van buitenlandse capaciteit, en eerder nog volgens de stappen waarin de Market Design Verordening zal voorzien ».

⁸ 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 ».

⁹ 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 du marché intérieur et des possibilités de coopération transfrontalière en matière de sécurité de l'approvisionnement en électricité.

¹⁰ Voir également l'avis C.E. 54.884/3 du 20 janvier 2014 sur un avant-projet devenu la loi du 26 mars 2014 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3357/001, p. 26 (observation 5).

Eu égard à l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, qui implique l'obligation de coopérer loyalement, il serait préférable que cette concertation soit organisée d'une manière plus formelle et concrète.

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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5.1. Comme le Conseil d'État l'a déjà observé à l'occasion de l'instauration du dispositif actuel en matière de réserve stratégique¹¹, l'article 5, paragraphe 2, f, de la directive 2005/89/CE¹² autorise les États membres à prévoir « des appels d'offres ou toute procédure équivalente en termes de transparence et de non-discrimination, conformément à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/54/CE » (actuellement : l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE¹³) afin de maintenir l'équilibre entre la demande d'électricité et la capacité de production disponible. L'article 8 de la directive 2009/72/CE concerne la procédure d'appel d'offres pour la fourniture de nouvelles capacités de production, telle qu'elle est réglée à l'article 5 de la loi sur l'électricité¹⁴. Dans ce contexte, il faut conclure que si le mécanisme de rémunération de capacité, réglé dans l'avant-projet, ainsi que le système de mise aux enchères ponctuelle qui en est dérivé, sont des instruments qui se concilient en principe avec le droit de l'Union pour assurer la sécurité d'approvisionnement, il faut toutefois les assortir de certaines garanties.

En effet, l'organisation du mécanisme de rémunération de capacité, y compris du régime des modalités des mises aux enchères, est en grande partie confiée au gestionnaire du réseau, qui doit établir les règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité en vue de stimuler au maximum la compétition dans les mises aux enchères, d'éviter tout abus de marché, d'assurer l'efficacité économique du mécanisme de rémunération de capacité et de respecter les contraintes techniques du réseau et le règlement technique (article 7*undecies*, § 8, en projet, de la loi sur l'électricité). En tant que tels, ces principes sont conformes aux exigences relatives à la procédure d'appel d'offres visée à l'article 8 de la directive 2009/72/CE¹⁵ et à la

¹¹ Avis C.E. 54.884/3, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3357/001, pp. 27-28 (observation 6).

¹² 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'.

¹³ 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'.

¹⁴ L'article 13 de l'avant-projet habilite le Roi à abroger l'article 5 de la loi sur l'électricité (et donc la procédure d'appel d'offres qu'il contient en vue de la réserve stratégique), ce qui aurait pour conséquence que la réglementation actuellement en projet ne comportera en définitive que les seules procédures d'appel d'offres portant sur de nouvelles capacités.

¹⁵ Voir notamment son article 8, paragraphe 3, troisième alinéa.

jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la libre circulation concernant les procédures non harmonisées pour les marchés publics ¹⁶.

5.2. Tout comme pour la compatibilité de l'avant-projet avec les règles en matière d'aides d'État (voir observation 3), il n'est pas encore possible, au niveau des dispositions législatives en projet, d'apprécier dès à présent si les principes de transparence et de non-discrimination évoqués dans l'observation 5.1 seront respectés lors de l'application de la réglementation. Une réponse définitive ne pourra être apportée à ce sujet que lors de l'élaboration des mesures d'exécution envisagées.

Ainsi qu'il ressort des observations plus spécifiques 5.4 à 5.6, la réglementation actuelle portée par le projet de loi est en tout état de cause incomplète et pose potentiellement problème sur quelques points au regard des principes précités. Il est dès lors vivement conseillé, en tout cas, que l'avant-projet même fixe déjà les garanties de base des procédures objectives, transparentes et non discriminatoires, ou habilite le Roi à le faire d'une manière générale (et donc non liée à des mises aux enchères spécifiques).

5.3. Si les délégations au Roi qui sont liées aux règles de fonctionnement prévues à l'article 7undecies, en projet, de la loi sur l'électricité ne posent pas problème en soi, il en va autrement de la délégation que l'article 7undecies, § 8, en projet, confère au gestionnaire du réseau visant, après consultation des gestionnaires du réseau, à « soumet[tre] à l'approbation de la [CREG] les règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité ».

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication au Moniteur belge et de contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'État, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que pour des raisons pratiques et pour autant qu'elles ont une portée très limitée ou principalement technique et non politique et qu'il peut être considéré que les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée ou la contrôler sont également les mieux placés pour l'élaborer en connaissance de cause.

En l'occurrence, il n'est manifestement pas satisfait aux conditions précitées, dès lors que la délégation concerne les règles fondamentales relatives au mécanisme de rémunération de capacité, y compris les sanctions ¹⁷. S'il n'est pas possible d'élaborer ces règles dans l'avant-projet de loi, leur fixation doit être déléguée au Roi.

¹⁶ Pour des applications, voir : C.J.U.E., 14 juin 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis* ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, C-347/06, *ASM Brescia* ; C.J.U.E., 15 mai 2008, C-147/06 et C-148/06, *SECAP*. Voir en outre également les articles 10 et 20 du Traité 'sur la Charte de l'énergie', fait à Lisbonne le 17 décembre 1994, auquel tant la Belgique que l'Union européenne sont parties (et qui, après les modifications apportées à l'ancien article 133 du traité CE – actuellement l'article 207 du TFUE –, par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, doit être réputé relever depuis lors, pour ce qui concerne la majeure partie, des compétences exclusives de l'Union dans le domaine du commerce extérieur).

¹⁷ Voir l'article 7undecies, § 8, alinéa 2, 3°, en projet, de la loi sur l'électricité.

La circonstance qu'il est prévu un contrôle d'approbation par la CREG ne change rien à cette constatation. La conclusion ne serait au demeurant pas différente si le pouvoir de fixer les règles de fonctionnement était délégué à la CREG.

5.4. Les principes de transparence et de non-discrimination évoqués dans l'observation 5.1 supposent que la portée des règles de fonctionnement à fixer est connue suffisamment à l'avance des détenteurs de capacité, de sorte qu'ils puissent évaluer les coûts qu'une participation au mécanisme de rémunération de capacité impliquera pour eux. Cette constatation s'impose d'autant plus que le non-respect des règles de fonctionnement est assorti de sanctions (voir l'article 7undecies, § 8, alinéa 2, 3°, en projet, de la loi sur l'électricité).

L'article 7undecies, § 8, alinéa 3, en projet, exige que les règles de fonctionnement – qui, consécutivement à l'observation 5.3, devront être fixées par le Roi – soient publiées au plus tard le 15 mai de chaque année, de sorte qu'elles soient connues des détenteurs de capacité au moment où le gestionnaire du réseau lance la procédure de préqualification au plus tard le 1^{er} juin, conformément à l'article 7undecies, § 4, alinéa 2, en projet.

Si les règles de fonctionnement concernées sont de nature telle qu'elles doivent être notifiées à la Commission européenne en tant qu'aide d'État (voir l'observation 3), ce qui est fort probable compte tenu des éléments mentionnés à l'article 7undecies, § 8, alinéas 1^{er} et 2, en projet, ce calendrier déjà très serré pourrait ne pas être respecté. Soit les règles de fonctionnement devront donc déjà être élaborées antérieurement – éventuellement dans l'avant-projet même présentement examiné – de manière à ce que les règles restantes, à fixer au plus tard le 15 mai de chaque année, ne contiennent plus d'éléments nouveaux nécessitant une notification additionnelle en tant qu'aide d'État, soit il faudra tenir compte, lors du calendrier de l'élaboration des règles de fonctionnement, du délai d'attente qui va de pair avec la notification à la Commission européenne.

5.5. La possibilité d'instaurer des plafonds de prix ¹⁸ dont fait état l'article 7undecies, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de la loi sur l'électricité peut entraîner, en cas d'usage peu judicieux, des distorsions dans le fonctionnement du marché. Il faudra dès lors veiller à ce que l'instauration de plafonds de prix ne porte pas atteinte aux principes de transparence et de non-discrimination évoqués dans l'observation 5.1.

5.6. Ainsi qu'il a été exposé dans les observations 8.1 et 8.2, la capacité étrangère, certainement au cours des premières années, est traitée différemment de la capacité nationale, d'une manière qui ne semble pas compatible avec le principe d'égalité et, partant, pas non plus avec les principes de transparence et de non-discrimination évoqués dans l'observation 5.1.

6. Outre une brève introduction générale, l'exposé des motifs comporte un commentaire de la réglementation en projet qui est divisé en titres et sections, mais cette division n'est pas calquée sur la division en articles de l'avant-projet. Il est ainsi malaisé pour le lecteur de vérifier à quels articles de l'avant-projet correspondent les différents éléments de cet exposé.

¹⁸ Conformément à l'article 2, 76° (lire : 79°), en projet, de la loi sur l'électricité, il s'agit du prix maximal des offres admis dans la mise aux enchères.

Dans un souci de clarté, il convient d'y remédier, soit en structurant l'exposé des motifs actuel article par article, soit en ajoutant un commentaire distinct des articles.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

7. Dès lors que l'énumération figurant à l'article 2 actuel de la loi sur l'électricité comporte déjà 70 subdivisions (la dernière étant le terme « service de black-start »¹⁹), les nouvelles définitions en projet, qui débutent par 68°, doivent être renumérotées de 71° à 87°.

Article 6

8.1. Conformément à l'article 7*undecies*, § 4, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, de la loi sur l'électricité, les conditions auxquelles les détenteurs de capacité étrangère directe et indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification sont fixées par le Roi « pour la première période de livraison de capacité » (dans le texte néerlandais : « vóór voor het eerste leveringsjaar »). Même si l'on entend en réalité « préalablement à la première période de livraison de capacité », la question se pose de savoir pourquoi les détenteurs de capacité étrangère sont ainsi privés de la possibilité de participer à la procédure de préqualification en vue de la première mise aux enchères qui a lieu quatre ans avant la période de fourniture de capacité²⁰. Le délégué a donné les précisions suivantes concernant cette différence de traitement entre les détenteurs de capacité nationale et étrangère :

« Zoals de Europese Commissie aangeeft in haar sectoronderzoek²¹, is het noodzakelijk te voorzien in de mogelijkheid tot deelname van buitenlandse capaciteit aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme. In vergelijkbare mechanismen in het buitenland, merken we dat zij meestal eerst voorzien in impliciete deelname van buitenlandse capaciteit door toe te laten dat de interconnectoren deelnemen.

De voorwaarden waarnaar in artikel 7*undecies*, § 4, eerste lid, 3° verwezen wordt, slaan echter op de expliciete deelname van buitenlandse capaciteit. Expliciete deelname vereist dat akkoorden afgesloten worden met de buurlanden. De ontwikkeling van een gepast juridisch en administratief kader voor expliciete deelname van buitenlandse capaciteit hangt dus niet enkel van België af. Dit is bovendien een complex gegeven en zal de nodige tijd vergen (opzetten van register van buitenlandse capaciteiten, afspraken over de controle van beschikbaarheid en andere verplichtingen, enz.).

Om de tijdige invoering van een capaciteitsvergoedingsmechanisme in België niet op de helling te zetten, is daarom voorop gesteld dat de buitenlandse capaciteit ten laatste aan de veiling één jaar voor het eerste leveringsjaar ('T-1') expliciet zal kunnen deelnemen. Deze timing moet gelezen worden als uiterste deadline voor het sluiten van de nodige akkoorden met de buurlanden. In afwachting hiervan zullen tussentijdse

¹⁹ Insérés par la loi du 30 juillet 2018 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en vue de modifier le cadre légal pour la réserve stratégique'.

²⁰ Voir en effet l'article 7*undecies*, § 2, alinéa 1^{er}, et § 6, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité.

²¹ Note dans la citation du délégué : http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/capacity_mechanisms_final_report_nl.pdf.

oplossingen voorzien worden, eventueel gedifferentieerd per grens, zoals de deelname van interconnectoren aan de veilingen. In elk geval zal vanaf de eerste veiling 'T-4' (veiling vier jaar voor het eerste leveringsjaar) rekening gehouden worden met de bijdrage van buitenlandse capaciteit tot 's lands bevoorradingszekerheid (bijvoorbeeld bij de bepaling van het benodigde volume voor de bevoorradingszekerheid).

De prekwalificatievoorwaarden voor buitenlandse capaciteit moeten dus vastgesteld worden voorafgaand aan het eerste leveringsjaar en meer bepaald om deel te kunnen nemen aan de eerste veiling T-1 ».

8.2. Cette justification ne suffit pas pour démontrer que cette différence de traitement²² poursuit de manière proportionnée une exigence impérieuse d'intérêt social, ce qui pourrait justifier la restriction de la libre circulation des services concernée. À cet égard, il faut tenir compte de la circonstance que la mise aux enchères « T-4 » sera axée par excellence sur la construction de nouvelles capacités, alors que la mise aux enchères « T-1 » portera plutôt sur des capacités rapidement disponibles. Il est dès lors parfaitement concevable que les détenteurs de capacité qui peuvent participer à la mise aux enchères « T-4 » satisfont déjà en grande partie à la demande de capacité, avec pour conséquence que la mise aux enchères « T-1 » ne concernera qu'une demande de capacité fortement limitée. Tel est notamment le cas lorsque l'on recourt à des contrats de huit ou de quinze périodes²³.

Par ailleurs, il semble paradoxal que les auteurs de l'avant-projet, en raison d'accords à conclure avec les pays voisins, estiment que la participation de fournisseurs de capacité étrangère à une mise aux enchères « T-4 » est pratiquement impossible, alors que cette objection ne se pose de toute évidence pas pour la participation à une mise aux enchères « T-1 ». Si le caractère imminent de la *première* mise aux enchères « T-4 » est la raison pour laquelle les fournisseurs de capacité étrangère ne peuvent pas y participer, on n'aperçoit pas non plus pourquoi cette objection s'appliquerait nécessairement à *toutes* les mises aux enchères « T-4 » futures.

Dès lors, la différence de traitement en projet créée entre les fournisseurs de capacité nationale et étrangère devra encore pouvoir être adéquatement justifiée au regard de ces considérations ; dans le cas contraire, la réglementation devra être revue dans son ensemble.

8.3. Cette observation s'applique également à la mise aux enchères ponctuelle visée à l'article 7*duodecies*, en projet, de la loi sur l'électricité, dans la mesure où le paragraphe 2 de cet article applique, les principes du mécanisme de rémunération de capacité visés à l'article 7*undecies*, §§ 2 à 8, en projet. Même si l'on considère que les détenteurs de capacité étrangère peuvent participer à ces mises aux enchères, leur exclusion des mises aux enchères « T-4 » concernant le mécanisme de rémunération de capacité doit toujours être justifiée dans la mesure où ces mises aux enchères ont lieu avant l'éventuelle mise aux enchères ponctuelle (ce qui semble également probable).

²² Indépendamment même de la question de savoir s'il ne s'agit pas ici d'une restriction discriminatoire directe sur la base de l'origine des services, auquel cas seuls les motifs d'exception prévus aux articles 51 et 52 du TFUE (combinés avec l'article 62 du TFUE) peuvent être invoqués, à savoir l'exercice de l'autorité publique, l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique.

²³ Voir l'article 7*undecies*, § 7, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité.

9. Il n'est pas exclu que les propriétaires d'interconnexions participent aux mises aux enchères en tant que détenteur de capacité, notamment parce qu'ils peuvent garantir des capacités par le biais de leur interconnexion de producteurs (étrangers). Dans la mesure où le gestionnaire du réseau a des intérêts chez les propriétaires qui participent ainsi à une mise aux enchères, la question se pose de savoir s'il peut effectivement intervenir de manière impartiale lors de l'organisation d'une telle mise aux enchères. Cette question est encore plus prégnante pour l'entreprise chargée de développer et d'entretenir l'infrastructure et les équipements faisant partie de l'interconnexion offshore (connue sous le nom de Nemo Link), dès lors que le gestionnaire du réseau, conformément à l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, est obligé de posséder, directement ou indirectement, au minimum la moitié du capital et des droits de vote liés aux titres émis par cette entreprise.

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'objectif est de faire participer les capacités étrangères dès la première enchère. La participation des interconnexions n'est donc pas l'option poursuivie. Celle-ci est uniquement envisagée dans l'hypothèse où l'on ne parviendrait pas à organiser la participation des capacités étrangères à temps pour cette première enchère. Si tel devait être le cas, les interconnexions seront admises dans les enchères, comme proxy pour ces capacités étrangères. Cette approche a été appliquée dans d'autres pays, pour répondre à la demande de la Commission Européenne d'avoir une participation transfrontalière. Dans ce cas, les interconnexions pourraient en effet être considérées comme des capacités dans le système CRM, comme étape intermédiaire à un élargissement aux capacités étrangères.

La question des conflits d'intérêts dans le chef d'ELIA a en effet été soulevée à de nombreuses reprises lors de nos travaux internes sur le CRM, et de manière ouverte en comité de suivi des études sur la 'Détermination d'un mécanisme de rémunération de la capacité pour la Belgique'. Le dimensionnement du mécanisme est certes élaboré par ELIA mais, dans un cadre strict déterminé par le Roi sur base d'avis de la CREG, de consultation des acteurs du marché. Il s'agit ici de critères techniques qui peuvent être analysés sur des bases objectives. De plus, il est prévu qu'à l'article 6 '§ 4. Le Roi définit, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les critères et/ou modalités d'éligibilité à la procédure de préqualification. Ces critères et/ou modalités visent : (...) 3° les conditions auxquelles les détenteurs de capacité étrangère directe et indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification. Ces conditions sont fixées, après avis de la commission et du gestionnaire du réseau, pour la première période de livraison de capacité ; elles tiennent compte de la contribution effective attendue de cette capacité à la sécurité d'approvisionnement en Belgique et de la conclusion d'accords entre les gestionnaires de réseau concernés.'. Ces critères devront notamment assurer qu'il n'y a aucun conflit d'intérêt dans le chef d'ELIA.

En ce qui concerne les aspects financiers, si des conflits d'intérêts apparaissent si ELIA était partie prenante dans le financement du mécanisme, selon le mode de financement qui devra être déterminé par le Roi, l'article 7^{quaterdecies} de nomination de la contrepartie contractuelle prévoit également que 'Le Roi détermine, [...] désigne, par le même arrêté, la contrepartie contractuelle et, le cas échéant, les contrôles administratifs et financiers auxquels cette contrepartie est soumise.'

Par ailleurs, l'article 6 prévoit que '§ 9. Le contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité est confié à la commission, qui dispose à cet effet des pouvoirs qui lui sont reconnus à l'article 26, § 1^{er} *bis*, alinéa 1^{er}. Le Roi peut déterminer les modalités de ce contrôle, sans préjudice des compétences reconnues à la commission par l'article 23, § 2.'. Cet arrêté devra veiller à éviter les conflits d'intérêts potentiels ».

La question se pose de savoir si les problèmes évoqués ci-dessus concernant des conflits d'intérêt peuvent être résolus par la voie d'arrêtés pris en exécution de l'habilitation conférée au Roi à l'article 7*undecies*, § 4, en projet, lui permettant de définir « les critères et/ou modalités d'éligibilité à la procédure de préqualification ». Il serait ainsi possible d'écarter des détenteurs de capacité qui conduiraient le gestionnaire du réseau à une situation de conflit d'intérêt, mais il est douteux que telle soit l'intention des auteurs de l'avant-projet. En outre, il est permis de douter que la procédure puisse être « objectivée » dans une mesure telle que les enchères deviendraient une opération mathématique qui ne donnerait pas lieu à des conflits d'intérêt.

À cela s'ajoute que ces conflits d'intérêts peuvent également surgir au terme de la mise aux enchères, même s'il est tenu compte de l'observation formulée au 5.3 et si la fixation des règles de fonctionnement est confiée au Roi plutôt qu'au gestionnaire du réseau. Conformément à l'article 7*undecies*, § 7, alinéa 2, en projet, le gestionnaire du réseau surveille la disponibilité de la capacité contractée.

En conclusion, il y a lieu de compléter l'article 7*undecies*, en projet, par des dispositions permettant de lutter de manière structurelle contre pareille situation de conflits d'intérêts, à savoir en disposant que conformément à l'article 8, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE, lorsqu'une telle situation se présente, c'est un autre organisme que le gestionnaire du réseau (« gestionnaire de réseau de transport ») visé à la deuxième phrase du paragraphe 5 qui sera responsable de l'organisation, du suivi et du contrôle de la procédure d'appel d'offres, c'est-à-dire un organisme qui satisfait aux conditions inscrites à la première phrase, comme la CREG par exemple.

10. Conformément à l'article 7*undecies*, § 6, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité, un détenteur de capacité sélectionné au terme de la procédure de préqualification peut décider de ne pas participer aux enchères qui suivront, pour la totalité ou une partie de sa capacité, « à condition de le notifier au gestionnaire du réseau préalablement au début de la mise aux enchères ». À la question de savoir quelles seront les conséquences juridiques si un détenteur de capacité ne souhaite pas participer aux enchères mais omet de le notifier au gestionnaire du réseau dans les délais, le délégué a répondu comme suit:

« De deelname aan de prekwalificatie is overeenkomstig artikel 7*undecies* §4 een verplichting voor iedere in aanmerking komende houder van productiecapaciteit gelokaliseerd in de Belgische regelzone. Elke andere in aanmerking komende capaciteitshouder mag een prekwalificatiedossier indienen. De (verplichte) deelname aan de prekwalificatie is belangrijk opdat de netbeheerder kan vaststellen welk volume beschikbaar is en om onder meer na te kunnen gaan of alle vergunningen voorhanden zijn of aangevraagd kunnen worden.

Echter, de deelname aan de veiling zelf is vrijwillig. Inderdaad, elke capaciteitshouder kan zelf de afweging maken of hij al dan niet in aanmerking wenst te komen voor een capaciteitsvergoeding, en in ruil daarvoor de overeenkomstige verplichtingen aanvaardt – onder meer een beschikbaarheidsverplichting – en de mogelijkheid opgeeft om aanspraak te maken op piekprijzen (aangezien hij het verschil tussen de referentieprijs en de uitoefenprijs dient terug te betalen aan de contractuele tegenpartij).

Het is dan ook niet de intentie een sanctie op te leggen aan de capaciteitshouders die niet wensen deel te nemen aan de veiling. Dit dient inderdaad wel tijdig te worden gemeld opdat de netbeheerder rekening kan houden met dit volume bij het ontwerp van de veiling. De notie ‘tijdig’ (alsook de andere prekwificatie- en veilingsmodaliteiten) zullen vastgelegd worden in de werkingsregels ».

On peut se rallier à ces explications, mais elles ne permettent pas pour autant d'établir clairement quelles seront les conséquences juridiques d'une notification tardive de la part d'un détenteur de capacité. Il conviendrait soit de régler ce point dans l'avant-projet même, soit de prévoir une délégation au Roi lui permettant de régler la question.

11. Le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement pour quel motif l'article 7undecies, § 7, en projet, de la loi sur l'électricité fait uniquement mention de quatre périodes possibles pour les contrats de capacité, à savoir un, trois, huit ou quinze périodes. On peut en effet s'imaginer que ce dispositif strict engendrera des problèmes d'harmonisation avec des règles d'amortissement fiscal et d'autres régimes d'aide (comme les certificats verts régionaux)²⁴.

Le délégué a donné les précisions suivantes :

« De basisidee van het capaciteitsvergoedingsmechanisme is dat de volledige capaciteit aangeschaft wordt die nodig is om de bevoorradingszekerheid van het land te verzekeren tegen de laagst mogelijke kost.

De capaciteitsvergoeding is het resultaat van een veiling en wordt toegekend aan de goedkoopste capaciteit. Indien het mechanisme goed werkt, zal het leiden tot een dekking van de missing money van de geselecteerde capaciteit (verschil dat ontstaat door het onvermogen om de vaste kosten te dekken via inkomsten uit de markt), maar de hoogte van de vergoeding en wie de begunstigden zijn, zullen dus *in fine* het resultaat zijn van een competitief proces. Het doel is om de meest competitieve capaciteit te ondersteunen met het oog op de verzekering van de bevoorradingszekerheid en omhelst geen engagement om een welbepaald onderdeel van een project te financieren of een welbepaalde technologie te ondersteunen – integendeel, het mechanisme moet technologie-neutraal zijn.

De vergoeding wordt toegekend aan de geselecteerde en dus meest competitieve capaciteitshouders en standaard zullen deze de vergoeding ontvangen voor de duur van één jaar. De geselecteerde capaciteit krijgt deze vergoeding om beschikbaar te zijn. Elk jaar worden twee veilingen georganiseerd (voor levering binnen vier jaar en voor levering binnen één jaar) en het staat capaciteitshouders vrij om elk jaar opnieuw mee te bieden en opeenvolgende contracten trachten binnen te halen.

²⁴ Pour une illustration des problèmes juridiques qui peuvent survenir en cas d'absence d'harmonisation concernant un régime d'aide pour des projets d'électricité (verte) et des règles d'amortissement fiscal : C.E., 8 mars 2018, n° 240.974, S.A. Vlaamse Ecologie - Energie - en Milieuonderneming (VLEEMO).

Naast technologie-neutraal, moet het mechanisme echter ook een level playing field creëren tussen bestaande en nieuwe capaciteit. Inderdaad, zoals de Europese Commissie aangeeft in haar sectoronderzoek moet een capaciteitsvergoedingsmechanisme zo ontworpen zijn dat zowel nieuwe als bestaande capaciteiten met elkaar kunnen concurreren.

Om deze reden wordt voorzien dat naast de standaardcontracten, langere contracten worden toegekend. Langere contracten voor projecten waarbij geïnvesteerd wordt in renovaties of in het bouwen van nieuwe capaciteit vallen te rechtvaardigen, doordat zij het risico geassocieerd met deze investeringen verlagen en de betrokken capaciteiten op deze manier succesvol kunnen concurreren in eenzelfde veiling met capaciteit die niet dient te investeren.

Het is noodzakelijk om met blokken van minstens een jaar te werken, aangezien de veilingen jaarlijks georganiseerd worden. Het voorontwerp van wet bepaalt dat, naast de standaardcontracten van één jaar, contracten voor drie, acht of vijftien jaar toegekend kunnen worden.

De voorgestelde perioden zijn geïnspireerd op wat ook in andere landen gangbaar is. Zo kan nieuwe en te rooveren capaciteit in Ierland een aanvraag indienen om een andere lengte van het contract te krijgen, en dit tot tien jaar in sommige gevallen. In Frankrijk kan nieuwe capaciteit capaciteitsgaranties voor zeven jaar krijgen. In het Verenigd Koninkrijk kan nieuwe capaciteit een contract voor 15 jaar aangaan, terwijl capaciteit die een renovatie ondergaat een contract van drie jaar kan krijgen.

De toewijzing wordt gedaan door de regulator, die zijn beslissing enkel zal laten afhangen van de hoogte van de investering. De investeringsdrempels die bepalen voor welke contractduur een capaciteitshouder in aanmerking komt en de criteria voor het evalueren van de investeringskosten worden vooraf vastgelegd bij koninklijk besluit. De duur moet uiteraard voor de veiling bekend gemaakt worden aan de betrokken capaciteitshouder opdat deze hiermee rekening kan houden bij zijn keuze tot deelname en zijn prijszetting ».

Cette explication indique pourquoi des contrats de longue durée peuvent être instaurés et pourquoi leur durée peut varier. Elle ne précise toutefois pas la raison pour laquelle il doit en résulter un dispositif strict prévoyant seulement quatre périodes potentielles. Il est dès lors suggéré aux auteurs de l'avant-projet d'élaborer des règles plus flexibles en la matière.

Article 8

12. L'article 7*duodecies*, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité habilite le ministre à déterminer, « après concertation en conseil des ministres, la portion du volume de la mise aux enchères à rechercher, ainsi que les autres paramètres nécessaires à l'organisation de la mise aux enchères ».

Indépendamment même des objections constitutionnelles qu'appelle l'ingérence du législateur dans le fonctionnement interne du pouvoir exécutif lorsqu'il détermine qu'une compétence doit être exercée par un ministre donné ²⁵, une délégation de pouvoir réglementaire à

²⁵ D'ailleurs, la délégation de pouvoir de décision individuelle habilitant un ministre à organiser « par arrêté délibéré en Conseil des ministres, (...) une mise aux enchères ponctuelle » appelle également cette objection. Cette compétence doit être laissée au Roi.

un ministre ne peut porter que sur des matières d'ordre accessoire ou de détail, ce qui implique que ces matières soient mentionnées de manière exhaustive.

La délégation en projet concerne des règles fondamentales relatives à un régime d'aide. L'importance du régime envisagé est, du reste, confirmée par l'exigence d'une concertation en conseil des ministres prévue par les auteurs de l'avant-projet. La délégation au ministre doit par conséquent être remplacée par une délégation au Roi.

Article 10

13. L'article 7*terdecies*, en projet, de la loi sur l'électricité habilite le Roi à prendre, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, « toute autre mesure menant directement ou indirectement à la construction de nouvelles Installations de production d'électricité, afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement du pays ».

Cette délégation est formulée en des termes très généraux, notamment en ce qu'elle fait usage des mots « toute autre mesure » et « directement ou indirectement ». Certes, l'exposé des motifs précise quelque peu la délégation en mentionnant qu'il s'agit d'« une mesure subsidiaire visant à répondre à une situation d'urgence, à laquelle il ne peut être recouru qu'après avoir dûment constaté que le mécanisme de rémunération de capacité, la réserve stratégique et l'organisation d'une mise aux enchères ponctuelle ne résoudrait pas dans le délai requis le problème de sécurité d'approvisionnement et de manque d'investissements dans les nouvelles capacités, pesant sur le pays ». Cette précision ne change cependant rien au fait qu'il existe de nombreux instruments que le Roi peut utiliser sur la base de cette délégation pour parvenir à la construction de nouvelles installations de production d'électricité.

13.1. Dans la mesure où l'intention est de régler des matières que la Constitution n'a pas réservées au législateur, il n'y a pas, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, d'objection à une délégation qui soit à ce point étendue²⁶. Il n'en demeure pas moins que la légitimité démocratique du régime visé par la délégation se trouverait renforcée si les principaux éléments de celui-ci étaient réglés dans la loi. Sa discussion en séance publique au Parlement permet en outre de mieux comprendre la mise en balance qui est effectuée à cet égard que ne le permet un régime pris par arrêté.

13.2. Dans la mesure où l'intention est de régler des matières que la Constitution a réservées au législateur (comme tel est le cas par exemple pour des restrictions aux droits fondamentaux comme le droit de propriété, qui requièrent une intervention du législateur), il convient d'en régler au moins les éléments essentiels dans la disposition légale en projet. Dans l'hypothèse où cela ne s'avère pas réalisable au motif que le législateur se trouverait dans l'impossibilité d'établir lui-même ces éléments essentiels parce que le respect de la procédure

²⁶ C.C., 15 janvier 2009, n° 8/2009, B.6.2 ; C.C., 8 mars 2012, n° 36/2012, B.6.1-B.6.2 ; C.C., 18 juillet 2013, n° 107/2013, B.10.2 ; C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.8 ; C.C., 28 avril 2016, n° 56/2016, B.14.4 ; C.C., 28 avril 2016, n° 57/2016, B.24 ; C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.6.3 ; C.C., 22 septembre 2016, n° 118/2016, B.4.

parlementaire l'empêcherait d'intervenir à temps ²⁷, il y aurait lieu de prévoir une confirmation des arrêtés royaux réglant ces éléments essentiels dans un délai relativement court, à fixer dans la disposition d'habilitation. En outre, il convient de disposer que si ces arrêtés ne sont pas confirmés dans le délai fixé, ils sont réputés ne pas avoir produit d'effets.

Article 12

14. L'article 7*quaterdecies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité habilite le Roi à déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, et après avis de la CREG et du gestionnaire du réseau, « le mode de financement du mécanisme de rémunération de capacité et, le cas échéant, des mesures contenues aux articles 7*duodecies* et 7*terdecies*, ainsi que les modalités de répercussion des montants à financer ».

Attendu qu'il peut parfaitement se concevoir que cette habilitation recouvre l'instauration de cotisations obligatoires et concerne donc des matières réservées, c'est à juste titre que l'avant-projet prévoit un régime de confirmation (voir l'alinéa 3 en projet). Cependant, il conviendra également de pouvoir justifier que le respect de la procédure parlementaire ne permettrait pas au législateur de mettre lui-même un dispositif en place dans les délais.

15. L'article 7*quaterdecies*, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité dispose que « [d]ans l'attente de la première application du mode de financement déterminé en vertu de l'alinéa 1^{er} [lire : du paragraphe 1^{er}], les coûts du gestionnaire du réseau liés aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 7*undecies* et, le cas échéant, de l'article 7*duodecies* et l'article 7*terdecies* sont couverts par la surcharge tarifaire visée à l'article 7*octies* ». Ce dernier article établit toutefois une distinction entre le coût net de l'obligation de service public concernée en matière de réserve stratégique (qui est couvert par une surcharge tarifaire) et les coûts de fonctionnement que cette obligation de service public induit pour le gestionnaire (qui sont couverts par les tarifs de réseau). La question se pose dès lors de savoir s'il n'y a pas lieu de faire aussi une telle distinction pour le financement des coûts du gestionnaire du réseau consécutivement au régime en projet.

À ce sujet, le délégué a donné l'explication suivante :

« Artikel 7*quaterdecies*, § 2 heeft enkel als voorwerp de kosten van de netbeheerder en niet de eigenlijke vergoedingen aan de capaciteitsleveranciers. Inderdaad, ter voorbereiding van het capaciteitsvergoedingsmechanisme dient de netbeheerder een aantal werkzaamheden uit te voeren (bijvoorbeeld het ontwerpen en voorstellen van een methodologie voor het bepalen van het noodzakelijke capaciteitsvolume en de veilingparameters, zoals bepaald in artikel 7*undecies*. § 2). Artikel 7*quaterdecies*, § 2 verschaft een wettelijke basis voor de vergoeding van deze kosten gemaakt door de netbeheerder in afwachting van het koninklijk besluit dat de financieringswijze van het mechanisme en de afwenteling van de kosten zal vastleggen ».

²⁷ Ce qui est nécessaire, selon la Cour constitutionnelle, pour admettre une délégation qui concerne aussi les éléments essentiels d'une matière réservée ; C.C., 7 juillet 2016, n° 107/2016, B.4.2. Mieux vaudrait inscrire une justification à cet égard dans l'exposé des motifs.

Si l'intention est uniquement, comme il peut se déduire de l'explication du délégué, d'indemniser les frais de fonctionnement assumés par le gestionnaire du réseau conformément au paragraphe 2 en projet, elle doit apparaître de manière plus explicite dans la disposition en projet. En outre, la question se pose alors de savoir pourquoi, dans ce cas, les frais de fonctionnement du gestionnaire du réseau sont couverts par la surcharge tarifaire, tandis que les frais de fonctionnement pour l'obligation de service public en matière de réserve stratégique sont couverts par les tarifs de réseau en vertu de l'article 7octies, alinéa 2, en projet, de la loi sur l'électricité.

Article 13

16. L'article 13 de l'avant-projet habilite le Roi à abroger, compléter, modifier ou remplacer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, « les articles 5 et 7bis [, paragraphes 1 à 4,] à 7novies » (lire : les articles 5, 7bis, §§ 1^{er} à 4, et 7ter à 7nonies) de la loi sur l'électricité.

L'exposé des motifs apporte l'explication suivante à cet égard :

« Les mécanismes prévus par le présent projet de loi ont pour objectif de remplacer à terme le mécanisme de réserve stratégique, conformément aux engagements qu'a pris l'État belge vis-à-vis de la Commission européenne. Le présent projet de loi habilite le Roi à abroger les dispositions excédentaires des articles 7bis à 7novies de la loi électricité, relatifs au mécanisme de réserve stratégique. Toutefois, certaines dispositions de ces articles restent pertinentes, notamment celles qui chargent le gestionnaire du réseau de procéder tous les deux ans à une étude à longue terme sur la flexibilité et la sécurité d'approvisionnement du pays, et la possibilité pour le Ministre de demander au gestionnaire du réseau de transport toute autre étude dans le cadre de la sécurité d'approvisionnement. ».

Cette délégation n'aurait pas été problématique si elle avait été limitée à l'abrogation des dispositions légales énumérées. Or, le Roi étant habilité à compléter également ces dispositions, à les modifier ou à les remplacer, sans indication de l'objet poursuivi quant au fond, cette compétence a une portée beaucoup plus large que celle indiquée dans l'exposé des motifs, alors que telle n'est sans doute pas l'intention. Il est dès lors recommandé de préciser dans la disposition en projet quel est cet objet poursuivi, comme l'harmonisation de certaines dispositions à maintenir avec le régime en projet relatif au mécanisme de rémunération de capacité, par exemple.

Ainsi qu'il a déjà été exposé dans l'observation 13.2, le règlement des éléments essentiels des matières réservées au législateur par la Constitution ne peut être confié au Roi que si le législateur se trouve dans l'impossibilité de fixer lui-même ces éléments essentiels parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permet pas d'intervenir à temps et il convient, à cet égard, de prévoir une confirmation des arrêtés royaux réglant de tels éléments essentiels dans un délai relativement court, à déterminer dans la disposition d'habilitation. En outre, il convient de disposer que si ces arrêtés ne sont pas confirmés dans le délai fixé, ils sont réputés ne pas avoir produit d'effets. Tel est assurément le cas de l'ajout à l'article 7octies de la loi sur l'électricité ainsi que de la modification ou du remplacement de cet article, qui concerne les contributions

obligatoires au financement du coût de la réserve stratégique et des coûts de fonctionnement du gestionnaire du réseau.

Article 14

17. L'article 14 de l'avant-projet prévoit des modalités d'entrée en vigueur complexes pour respectivement les articles 5 et 6, les articles 7 et 8, ainsi que pour les articles 9 et 10 de la loi à adopter, à savoir dix jours après la publication au Moniteur belge d'un avis constatant que la mesure en question ne soulève aucune objection touchant aux aides d'État.

Ainsi qu'il a déjà été exposé dans l'observation 3, il ne semble pas nécessaire de prévoir une telle entrée en vigueur différée. À cela s'ajoute encore le fait qu'il est préférable de renoncer à cette disposition en projet, celle-ci présentant en outre les lacunes intrinsèques suivantes.

17.1. Premièrement, le mécanisme de rémunération de capacité, la mise aux enchères ponctuelle et la construction de nouvelles installations de production d'électricité sont mentionnés séparément par une référence aux articles les instaurant, si bien qu'ils pourraient entrer en vigueur séparément. Il paraît toutefois improbable qu'ils soient notifiés séparément et qu'ils soient appréciés, du moins au niveau des dispositions légales en projet, indépendamment les uns des autres par la Commission européenne. Ainsi, le système de la mise aux enchères (articles 7 et 8 de l'avant-projet) utilise les mêmes instruments que le mécanisme général de rémunération de capacité (articles 5 et 6 de l'avant-projet).

17.2. Deuxièmement, on n'aperçoit pas pourquoi l'entrée en vigueur des trois mesures précitées est différée, alors que celle des articles 11 et 12 de la loi à adopter, qui concernent le mode de financement de ces trois mesures et qui sont par conséquent primordiaux pour l'appréciation de la compatibilité de ces mesures avec le régime des aides d'État, ne l'est pas.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT