



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 68.506/3
van 13 januari 2021

avis 68.506/3
du 13 janvier 2021

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt en tot wijziging
van de wet van 22 april 2019 tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt teneinde een
capaciteitsvergoedingsmechanisme
in te stellen’

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché de
l’électricité et modifiant la
loi du 22 avril 2019
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 15 december 2020 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 en tot wijziging van de wet van 22 april 2019 tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt teneinde een capaciteitsvergoedingsmechanisme in te stellen’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 5 januari 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad, voorzitter, 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 13 januari 2021.

*

Le 15 décembre 2020, 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 et modifiant la loi du 22 avril 2019 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 janvier 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État, président, 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 13 janvier 2021.

*

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 het invoeren van een vernieuwd capaciteitsvergoedingsmechanisme (CRM), dat in de plaats komt van het mechanisme dat was ingesteld bij de wet van 22 april 2019 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt teneinde een capaciteitsvergoedingsmechanisme in te stellen’², maar waarvan de kernbepalingen nog niet in werking zijn getreden.³ De nieuwe regeling beoogt tegemoet te komen aan het intussen gewijzigde Europese regelgevingskader, aan staatssteunproblemen, alsook aan een door de Kamer van volksvertegenwoordigers aangenomen resolutie⁴ over de opzet van een dergelijk mechanisme. Daartoe worden wijzigingen aangebracht in de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet), alsook in de wet van 22 april 2019.

2.1. Artikel 2 van het voorontwerp past een aantal definities aan in artikel 2 van de Elektriciteitswet.

2.2. Artikel 3 van het voorontwerp voegt in hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet een nieuwe afdeling 2 in met als opschrift “Capaciteitsvergoedingsmechanisme”. Die nieuwe afdeling bevat het bij artikel 4 van het voorontwerp in te voegen artikel 7undecies. Dat artikel 7undecies bestaat uit 16 paragrafen die de verschillende aspecten van het capaciteitsvergoedingsmechanisme regelen.

Het ontworpen artikel 7undecies, § 1, stelt een capaciteitsvergoedingsmechanisme in dat functioneert op basis van periodieke veilingen. De Koning bepaalt met welke parameters het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, stelt de andere parameters vast voor de organisatie van de veilingen (reductiefactoren, de referentieprijs, de intermediaire prijslimieten die van toepassing zijn op bepaalde capaciteiten die beantwoorden aan specifieke criteria, alsook

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

² Die wet is tot stand gekomen uit een parlementair initiatief, maar de Raad van State heeft over een gelijkaardig voorontwerp van wet op 14 februari 2019 advies 65.181/3 gegeven (zie de weergave ervan in *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3584/004, 63-98, alsook op www.raadvanstate.be > zoeken in adviezen (met de tekst van het oorspronkelijke voorontwerp)). Zoals zal blijken uit dit advies, zijn verscheidene opmerkingen uit dat vroegere advies ook relevant voor het huidige voorontwerp van wet.

³ Zie artikel 14 van de wet van 22 april 2019, dat de inwerkingtreding van de artikelen 5 tot 10 ervan afhankelijk maakt van de bekendmaking van een bericht waarin wordt vastgesteld dat de staatssteunprocedure is doorlopen.

⁴ *Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1220/007.

de uitoefenprijs) en bepaalt de individuele uitzonderingen op de intermediaire prijslimieten (ontworpen artikel 7*undecies*, § 2).

Aan de hand van die parameters stelt de netbeheerder elk jaar uiterlijk op 15 november een verslag op, op basis waarvan de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: de CREG) uiterlijk op 15 december een advies geeft (ontworpen artikel 7*undecies*, § 3) en uiterlijk op 1 februari aan de minister bevoegd voor energie (hierna: de minister) een voorstel doet voor de specifieke waarden voor het bepalen van het aan te kopen volume aan capaciteit (ontworpen artikel 7*undecies*, § 4). Na advies van de Algemene Directie Energie van de federale overheidsdienst Economie, K.M.I, Middenstand en Energie, en de netbeheerder over dat voorstel (ontworpen artikel 7*undecies*, § 5) geeft de minister uiterlijk op 31 maart de instructie aan de netbeheerder om de veilingen te organiseren, binnen de parameters en de volumes die door de minister zijn bepaald, en onder voorbehoud van negatieve beslissingen door de Europese Commissie omtrent de verenigbaarheid met de staatssteunregels (ontworpen artikel 7*undecies*, § 6).

Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, stelt het te bereiken niveau van bevoorradingszekerheid gelijk met de betrouwbaarheidsnorm en regelt de procedure voor de vaststelling ervan door de Koning op voorstel van de CREG. In afwachting van de vaststelling van die norm overeenkomstig artikel 23, lid 6, van verordening (EU) nr. 2019/943⁵ wordt de norm van artikel 7*bis*, § 2, van de Elektriciteitswet gehanteerd. De Algemene Directie Energie moet daartoe twee sleutelparameters bepalen, namelijk de waarde van de verloren belasting (in samenwerking met het Federaal Planbureau) en de kosten voor nieuwe toegang. Die vaststellingen worden “bekrachtigd” bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

De Koning stelt de ontvankelijkheidscriteria vast (ontworpen artikel 7*undecies*, § 8) met betrekking tot het recht op deelname aan de prekwalificatieprocedure, met onder meer criteria voor capaciteitshouders die al andere vormen van staatssteun genieten, minimumcapaciteitsdrempels in MW en voorwaarden voor de deelname van de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit (waarvoor bijzondere beperkingen worden vastgesteld). Deelname van houders van nog te realiseren capaciteit is slechts toegelaten als de aanvrager binnen vijftien dagen na de bekendmaking van de instructie ook een productievergunning heeft aangevraagd. Gelijktijdig met de indiening van het prekwalificatiedossier moet de capaciteitshouder die een capaciteitscontract wenst te verkrijgen voor meer dan één periode van capaciteitslevering, een ten opzichte van de voormelde ontvankelijkheidscriteria gemotiveerd en gedetailleerd investeringsdossier indienen bij de CREG, op basis waarvan de CREG de klassering maakt van de capaciteit in een capaciteitscategorie (ontworpen artikel 7*undecies*, § 9).

Voor elke periode voor capaciteitslevering worden twee veilingen georganiseerd volgens de *pay-as-bid*-formule: een eerste veiling vier jaar voor de periode van capaciteitslevering en een tweede veiling een jaar voor die periode (ontworpen artikel 7*undecies*, § 10). Elke capaciteitshouder wiens dossier voldoet aan de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in

⁵ Verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende de interne markt voor elektriciteit’.

paragraaf 8 en die eveneens voldoet aan de prekwalificatiecriteria, bedoeld in paragraaf 12, tweede lid, 2°, heeft het recht op deelname aan de veiling. Een geprekwalificeerde capaciteitshouder kan echter afzien van deelname, op voorwaarde dat hij dit tijdig meldt aan de netbeheerder. De houder van een niet bewezen capaciteit heeft echter slechts recht op deelname aan een veiling die wordt georganiseerd vier jaar voorafgaand aan de periode van capaciteitslevering waarop die veiling betrekking heeft en heeft dus niet het recht op deelname aan een veiling die wordt georganiseerd één jaar voorafgaand aan de periode van capaciteitslevering waarop die veiling betrekking heeft.

Na de veiling sluit de netbeheerder een capaciteitsovereenkomst met de capaciteitsleveranciers, met als tegenprestatie voor de gegarandeerde capaciteit de toekenning van een capaciteitsvergoeding⁶ voor de perioden waarvoor wordt gecontracteerd (een, drie, acht of vijftien perioden, behalve voor onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten en voor niet bewezen capaciteiten, die slechts voor één periode kunnen worden gecontracteerd) (ontworpen artikel 7*undecies*, § 11).

De netbeheerder stelt de werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme op en legt die ter goedkeuring voor aan de CREG, die vervolgens minstens twee keer per jaar een evaluatie maakt van de toepassing ervan (ontworpen artikel 7*undecies*, § 12).

Het toezicht op de naleving van de verplichtingen wordt aan de CREG toevertrouwd, die ook bevoegd wordt om op te treden in geval van marktmanipulatie bij de veilingen (ontworpen artikel 7*undecies*, § 13). De Algemene Directie Energie krijgt de bevoegdheid om administratieve boetes op te leggen bij niet-naleving van, enerzijds, de voorwaarden waaronder de capaciteitshouders die genieten of genoten hebben van steunmaatregelen het recht hebben tot deelname aan de prekwalificatieprocedure en, anderzijds, de verplichting voor iedere houder van productiecapaciteit gelokaliseerd in de Belgische regelzone en die voldoet aan de ontvankelijkheidscriteria,⁷ tot indiening van een prekwalificatiedossier (ontworpen artikel 7*undecies*, § 14).

De kosten voor de netbeheerder worden als openbaredienstverplichtingen ten laste gelegd van de nettarieven overeenkomstig de voorwaarden van het ontworpen artikel 7*undecies*, § 15. De jaarbegroting van de CREG zal bovendien rekening moeten houden met de extra taken die de CREG krijgt toebedeeld (ontworpen artikel 7*undecies*, § 16).

⁶ Gelet op de *pay-as-bid*-methode is die capaciteitsvergoeding in beginsel de biedprijs, onder voorbehoud van de toepassing van een intermediaire prijslimiet (indien geen uitzondering werd verkregen). Bovendien zullen de netto-ontvangsten afhangen van andere beperkingen in het kader van de werkingsregels (zie het ontworpen artikel 7*undecies*, § 12), waaronder de verplichting tot terugbetaling van het positieve verschil tussen de referentieprijs en de uitoefenprijs (ontworpen artikel 7*undecies*, § 11).

⁷ In de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling wordt ter zake verwezen naar paragraaf 8 van het ontworpen artikel 7*undecies*, terwijl in de Franse tekst daarenboven, maar allicht ten onrechte, ook wordt verwezen naar paragraaf 9.

2.3. Artikel 5 van het voorontwerp voegt in hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet een nieuwe afdeling 3 in met als opschrift “Gerichte veilingen”. Die nieuwe afdeling bevat het bij artikel 6 van het voorontwerp in te voegen artikel 7*duodecies*. Dat artikel machtigt de minister om buiten de gewone veilingen gerichte veilingen te organiseren om een bevoorradingsprobleem te vermijden, en waarvan de nadere uitwerking zoveel mogelijk analoog moet zijn aan die van de gewone veilingen.

2.4. Artikel 7 van het voorontwerp voegt in hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet een nieuwe afdeling 4 in met als opschrift “Uitbouw van nieuwe capaciteiten”. Die nieuwe afdeling bevat het bij artikel 8 van het voorontwerp in te voegen artikel 7*terdecies*. Dat artikel machtigt de Koning om andere (steun)maatregelen te nemen om extra capaciteit te bevorderen, als de mechanismes in de ontworpen artikelen 7*undecies* en 7*duodecies* niet tot het gewenste resultaat hebben geleid. De door de Koning uit te werken regeling moet ingepast kunnen worden in de staatssteunregels en moet worden bekrachtigd binnen twaalf maanden na de inwerkingtreding ervan.

2.5. De artikelen 9, 10 en 11 van het voorontwerp bevatten een aantal wijzigingen van de toezichtmechanismen in de artikelen 23, tweede lid, 26, § 1*ter*, en 30*bis*, § 3, van de Elektriciteitswet.

2.6. Afdeling 5 van hoofdstuk II (lees: IIbis) van de Elektriciteitswet wordt opgeheven.

2.7. In lijn met wat voorafgaat worden de artikelen 5 tot 10 en 14 van de wet van 22 april 2019 opgeheven, aangezien die artikelen 5 tot 10, die nog niet in werking zijn getreden overeenkomstig dat artikel 14, achterhaald zijn door de nieuw ontworpen regeling.

VORMVEREISTEN

3. De ontworpen regeling bevat een complexe staatssteunregeling. De regeling die vervat is in de wet van 22 april 2019 werd op 19 december 2019 aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), waarop de Europese Commissie op 21 september 2020 heeft beslist om een diepgaand onderzoek te openen naar het voorgenomen mechanisme.⁸ In dat onderzoek wordt ook dit voorontwerp betrokken.

Het voorontwerp bevat weliswaar een aantal bepalingen die moeten verhinderen dat steun wordt toegekend wanneer de Europese Commissie bezwaren zou formuleren of na het verstrijken van de termijnen voor de beoordeling van de staatssteun,⁹ maar een dergelijk veiligheidsmechanisme kan enkel verhinderen dat België in strijd met de voormelde verdragsbepaling maatregelen tot uitvoering zou brengen vooraleer de procedure voor de

⁸ Steunmaatregel SA.54915 (2019/N) – Capaciteitsvergoedingsmechanisme, *Pb* 2020, C 346/27.

⁹ Zie de ontworpen artikelen 7*undecies*, § 6, derde en vierde lid, 7*duodecies*, § 1, tweede en derde lid, en 7*terdecies*, derde en vierde lid, van de wet van Elektriciteitswet (artikelen 4, 6 en 8 van het voorontwerp).

beoordeling van de staatssteun is doorlopen. Indien bezwaren zouden rijzen, zullen eventuele bijstellingen in principe een aanpassing van de ontworpen regeling vergen.

4. Verordening (EU) 2019/943 bevat verscheidene voorafgaande vormvoorschriften waaraan lidstaten moeten voldoen voor ze een capaciteitsvergoedingsmechanisme mogen instellen. Het aan de Raad van State voorgelegde wetgevingsdossier bevat geen documenten waaruit blijkt dat aan die voorwaarden is voldaan. Aan de gemachtigde werd gevraagd om aan te tonen dat voldaan is aan de verplichting om:

- een uitvoeringsplan te ontwikkelen en te publiceren overeenkomstig artikel 20, lid 3, van verordening (EU) 2019/943;
- over dat uitvoeringsplan het advies van de Europese Commissie in te winnen overeenkomstig de artikelen 20, leden 4 en 5, en 21, lid 5, van verordening (EU) 2019/943;
- de aangrenzende lidstaten te raadplegen met wie zij een rechtstreekse elektriciteitsverbinding hebben, overeenkomstig artikel 21, lid 2, van verordening (EU) 2019/943.

De gemachtigde antwoordde het volgende wat betreft het uitvoeringsplan:

“De Belgische Staat heeft een plan ingediend overeenkomstig artikel 20, lid 3 van de Elektriciteitsverordening 2019/943. Het advies dat de Europese Commissie heeft gegeven, alsook het finale uitvoeringsplan van de Belgische Staat zijn terug te vinden op de website van de Algemene Directie Energie onder de hoofding ‘Uitvoeringsplan ter verbetering van de marktwerking (november 2019 & juli 2020)’:
<https://economie.fgov.be/nl/themas/energie/bevoorradingszekerheid/capaciteitsremuneratiemechanis>.

De conclusie is inderdaad dat verbeteringen van de marktwerking op zichzelf niet zullen volstaan om de bevoorradingszekerheid van het land te garanderen, waardoor een interventie nodig is. De maatregelen opgenomen in het uitvoeringsplan zullen, zoals voorgeschreven, verder gemonitord worden en jaarlijks zal de Belgische Staat een opvolgingsrapport bij de Europese Commissie indienen.”

Wat betreft het advies van de Europese Commissie antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Dit advies is beschikbaar op de bovenvermelde website van de Algemene Directie Energie en bezorg ik u eveneens in bijlage.”

De gemachtigde verklaarde ten slotte het volgende wat betreft de raadpleging van de buurlanden:

“In overeenstemming met artikel 21, lid 2 van de Elektriciteitsverordening 2019/943 heeft de Belgische Staat de aangrenzende lidstaten en hun belanghebbenden geraadpleegd. Hierbij is gebruik gemaakt van het Pentalateraal Energie Forum. De raadpleging is in twee stappen verlopen, namelijk een presentatie gevolgd door een schriftelijke consultatieperiode. Daarbij zijn zeven reacties ontvangen. De presentatie, de ontvangen reacties en de antwoorden hierop zijn gebundeld in het consultatieverslag, dat ter beschikking is op de bovenvermelde website van de Algemene Directie Energie.”

5. Overeenkomstig artikel 25, lid 2, van verordening (EU) 2019/943 moet de betrouwbaarheidsnorm worden vastgesteld “door de lidstaat of een door de lidstaat aangewezen bevoegde instantie op basis van een voorstel van de regulerende instantie”. In lijn daarmee voorziet het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, tweede lid, eerste zin, van de Elektriciteitswet (artikel 4 van het voorontwerp) in een procedure voor vaststelling van de betrouwbaarheidsnorm door de Koning op advies van de CREG. Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, tweede lid, tweede zin, daarentegen legt in afwachting reeds zelf een betrouwbaarheidsnorm vast, namelijk “[h]etgeen bepaald wordt in artikel 7*bis*, § 2”, zijnde het niveau van bevoorradingszekerheid dat moet worden bereikt volgens een jaarlijkse probabilistische analyse door de netbeheerder. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Het artikel 25, lid 1 van de Elektriciteitsverordening 2019/943 voorziet dat een lidstaat die een capaciteitsmechanisme toepast, gebruik maakt van een betrouwbaarheidsnorm. De geest van deze bepaling lijkt te zijn dat een lidstaat een degelijke basis moet hebben om een interventie op het vlak van bevoorradingszekerheid op te stellen. De Belgische Staat heeft een betrouwbaarheidsnorm, namelijk degene die werd vastgesteld in het kader van de strategische reserve (artikel 7*bis*, §2, 3° van de Elektriciteitswet). Ter info kan ik u meegeven dat deze norm in lijn ligt met de omliggende landen (en identiek is aan verschillende landen die reeds een CRM hebben ingevoerd, namelijk Frankrijk, Polen, Italië en het VK).

In artikel 25, lid 2 van de Elektriciteitsverordening 2019/943 wordt een betrouwbaarheidsnorm beoogd die is vastgesteld op basis van de in artikel 23, lid 6, van diezelfde verordening methodologie. Er is op heden nog geen formeel voorstel vanwege de regulator met betrekking tot deze nieuwe betrouwbaarheidsnorm: de methodologie overeenkomstig artikel 23, lid 6, die gevolgd dient te worden om eerst te komen tot een waarde van de verloren belasting (‘VOLL’) en ‘kosten voor nieuwe toegang (‘CONE’), en op basis van deze twee waarden tot een betrouwbaarheidsnorm, werd immers pas door ACER goedgekeurd op 2 oktober 2020 (https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACER%20Decision%202023-2020%20on%20VOLL%20CONE%20RS.pdf). De werkzaamheden om te komen tot de waarde van de verloren belasting en de kosten voor nieuwe toegang, werden na deze goedkeuring reeds opgestart.

De Belgische Staat heeft bij de verdere uitwerking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme (die reeds geruime tijd voorafgaand aan de Elektriciteitsverordening 2019/943 gestart was en hierop niet kon wachten, noch op de goedkeuring van de methodologieën overeenkomstig deze Verordening) aan de Europese Commissie aangegeven dat zij telkens zou werken met de betrouwbaarheidsnorm die van toepassing was op 15 september van het jaar voorafgaand aan de veiling. Rekening houdend met de procedurele stappen (berekeningen, voorstellen en adviezen) en de voorbereidingstijd voor de marktpelers die de veiling zelf noodzakelijkerwijze voorafgaan, is deze datum redelijk. De Belgische Staat stelt vast in het besluit van de Europese Commissie waarmee het formeel onderzoek werd geopend, deze werkwijze niet wordt betwist.”

Aangezien verordening (EU) 2019/943 reeds van toepassing is sinds 1 januari 2020, geldt het in artikel 25, lid 2, bepaalde vormvereiste ook voor de overgangsregeling in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 7, tweede lid, tweede zin. De CREG moet dan ook een voorstel uitwerken met betrekking tot die overgangsregeling.

6. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan,¹⁰ 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

7.1. Artikel 22, lid 1, d), van verordening (EU) 2019/943 schrijft voor dat capaciteitsaanbieders moeten worden geselecteerd via een transparante, niet-discriminerende en concurrerende procedure. Het in het voorontwerp geregelde capaciteitsvergoedingsmechanisme, evenals het daarvan afgeleide systeem van gerichte veilingen, zijn in het licht van die verordeningsbepaling weliswaar principieel met het unierecht verenigbare instrumenten om de bevoorradingszekerheid te verzekeren, maar daarbij moeten bepaalde waarborgen in acht worden genomen.

De organisatie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, met inbegrip van de nadere regeling van de veiling, wordt immers in grote mate in handen gegeven van de netbeheerder, die de werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme moet opstellen met het oog op het zoveel mogelijk stimuleren van de concurrentie in 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*, § 12, van de Elektriciteitswet). Op zich beschouwd stroken die beginselen met de zo-even aangehaalde verordeningsbepaling en met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende het vrij verkeer met betrekking tot niet-geharmoniseerde procedures voor overheidsopdrachten.¹¹

7.2. 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 7.1 geschetste vereisten 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.

¹⁰ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

¹¹ 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).

Zoals blijkt uit de meer specifieke opmerkingen 7.4 en 7.5, is de huidige regeling in het voorontwerp 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.

7.3. 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*, § 12, van de Elektriciteitswet aan de netbeheerder om, na raadpleging van de marktdeelnemers, de “werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme ter goedkeuring voor [te leggen] aan de [CREG]”.

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een private onderneming zoals de netbeheerder, ook met goedkeuringstoezicht door de CREG, een publieke rechtspersoon met verregaande autonomie waarover de minister zelfs niet indirect politieke controle kan en mag uitoefenen, 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, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatige karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.¹²

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.¹³ Indien het niet mogelijk is om deze regels in het voorontwerp verder uit te werken, moet de vaststelling ervan aan de Koning worden gedelegeerd.

¹² Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4, en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: “De artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies.”; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: “Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen.” Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

¹³ Zie het ontworpen artikel 7*undecies*, § 12, tweede lid, 5°, 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.

7.4. De in opmerking 7.1 geschetste vereisten 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*, § 12, tweede lid, 5°, van de Elektriciteitswet).

Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 12, derde lid, vereist dat de werkingsregels – die ingevolge opmerking 7.3 door de Koning zullen moeten worden vastgesteld – uiterlijk op 15 mei van elk jaar worden bekendgemaakt, zodat ze bekend zijn bij de capaciteitshouders vooraleer zij – uiterlijk op 15 juni – een prekwalificatiedossier indienen overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, zevende lid, van de Elektriciteitswet.

7.5. De mogelijkheid voor de Koning om onder meer intermediaire prijslimieten¹⁴ in te stellen, waarvan gewag wordt gemaakt in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet, kan bij onoordeelkundig gebruik een verstoring van de marktwerking met zich meebrengen. Er zal dan ook op moeten worden toegezien dat de in opmerking 7.1 geschetste vereisten inzake transparantie en non-discriminatie niet in het gedrang komen door het instellen van prijslimieten.

8. De vraag rijst hoe de controle en de financiering worden geregeld voor de gerichte veilingen. In het ontworpen artikel 7*duodecies*, § 2, van de Elektriciteitswet wordt immers vermeld dat de procedure van gerichte veilingen “waar mogelijk gebaseerd [is] op de principes van het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in artikel 7*undecies*, §§ 2 tot 13”, terwijl de controle en de financiering van dat capaciteitsvergoedingsmechanisme aan bod komen in de paragrafen 14 tot 16 van het ontworpen artikel 7*undecies*. De delegatie aan de Koning in het ontworpen artikel 7*duodecies*, § 1, inzake (onder meer) de modaliteiten (lees: nadere regels) die noodzakelijk zijn voor de organisatie van de veilingen, lijkt bovendien niet te volstaan om nadere regels te bepalen met betrekking tot de controle en de financiering. Daarbij komt nog dat de CREG bij het ontworpen artikel 23, tweede lid (lees: § 2, tweede lid), 4°*bis*, van de Elektriciteitswet (artikel 9 van het voorontwerp) enkel belast wordt met het toezicht op en de controle van de handel in het kader van de markt van de capaciteitsvergoeding overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 14. Tevens krijgt de CREG overeenkomstig de ontworpen artikelen 26, § 1*ter*, en 30*bis*, § 3, van de Elektriciteitswet (artikelen 10 en 11 van het voorontwerp) enkel onderzoeksbevoegdheden in verband met het ontworpen artikel 7*undecies*, § 14.

¹⁴ Dit is overeenkomstig artikel 2, 79°, van de Elektriciteitswet de maximale prijs van de biedingen toegestaan op de veiling en/of de maximale capaciteitsvergoeding die de capaciteitsleveranciers na afloop van de veiling hebben verkregen.

De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Wat de toepasselijke controlemechanismen en controlebevoegdheden betreft, lijkt het inderdaad opportuun om in de artikelen 9, 10 en 11 van het wetsontwerp een verwijzing naar artikel 7*duodecies* toe te voegen. Verder zal de verwijzing in artikel 7*duodecies*, §2, naar de paragrafen 2-13 inderdaad uitgebreid worden tot een verwijzing naar de paragrafen 2-14. In artikel 9, 10 en 11 moet de huidige verwijzing naar artikel 7*undecies*, §14, vervangen worden door de verwijzing naar artikel 7*undecies*, §13 (dit betreft een materiële vergissing (...)).

De financiering van het mechanisme van de directe veiling wordt rechtstreeks voorzien in §15 van artikel 7*undecies*, waar dit bepaalt:

‘§ 15. De opdrachten waarmee de netbeheerder krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling *en in voorkomend geval, de opdrachten bedoeld in afdeling 3*, wordt belast, maken openbare dienstverplichtingen uit waarvan de kosten overeenkomstig artikel 12, § 5, 11°, worden verrekend in de tarieven, na aftrek van de eventuele inkomsten gegenereerd krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling *en bedoeld in afdeling 3* en onverminderd de regels inzake toewijzing van specifieke inkomsten bedoeld in artikel 26, lid 9, van de Verordening (EU) 2019/943, en rekening houdend met de tariefmethodologie die werd opgesteld door de commissie krachtens artikel 12, § 5. (...) In afwachting van de toepassing van het in lid 1 bedoelde tarief, worden de kosten die de netbeheerder in verband met zijn verplichtingen uit hoofde van dit artikel *en, in voorkomend geval, afdeling 3* maakt, gedekt door de in artikel 7*octies* bedoelde tarief voor de openbare dienstverplichting.’”

Wat de controlebevoegdheden betreft kan met het voorstel van de gemachtigde worden ingestemd.

Wat het financieringsmechanisme betreft wordt in het ontworpen artikel 7*duodecies* het best eveneens uitdrukkelijk verwezen naar paragraaf 15 van het ontworpen artikel 7*undecies*.

9. Ook al wordt in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 12, tweede lid, 2°, b), van de Elektriciteitswet (artikel 4 van het voorontwerp) verwezen naar de naleving van de CO₂-emissiegrenswaarden bedoeld in artikel 22, lid 4, van verordening (EU) 2019/943, toch rijst de vraag naar de inpasbaarheid van de bijkomende uitstoot van broeikasgassen die veroorzaakt kan worden als gevolg van de ontworpen regeling in de emissieruimte die voor België is bepaald in bijlage I bij uitvoeringsbesluit (EU) 2020/2126 van de Commissie van 16 december 2020 ‘tot vaststelling van de jaarlijkse emissieruimten voor de lidstaten voor de periode 2021 tot en met 2030 overeenkomstig Verordening (EU) 2018/842 van het Europees Parlement en de Raad’. Deze vraag klemmt des te meer nu in de voorafgaande regelgevingsimpactanalyse van 19 november 2020 wordt voorgehouden dat er geen impact is inzake thema’s als klimaatverandering, buiten- en binnenlucht, biodiversiteit en hinder.

De gemachtigde antwoordde daarop het volgende:

“Voorafgaandelijk wensen wij mee te geven dat de regeling niet specifiek een investeringskader creëert voor nieuwe gascentrales: het capaciteitsremuneratiemechanisme is technologie-neutraal (en dient dit te zijn) volgens de Europese staatssteunregels. Zo bepaalt artikel 22, lid 1 van de Elektriciteitsverordening 2019/943: ‘Capaciteitsmechanismen (...) staan open voor deelname van alle hulpbronnen die de vereiste technische prestaties kunnen verstrekken, met inbegrip van energieopslag en vraagzijdebeheer’. Ook batterijen, vraagzijdebeheer, bestaande thermische centrales en warmtekrachtcentrales, ... komen in aanmerking voor steun onder het ontworpen systeem. Verder werd inderdaad in de RIA-analyse geen nadere toelichting gegeven bij de keuze ‘Geen impact’, het formulier liet dit niet toe. De reden waarom ‘Geen impact’ werd gekozen is het gegeven dat de CO₂-emissies van de energiesector beheerst worden door het Europese ETS (Emissions Trading System). Dit zogenaamde ‘cap-and-trade’ systeem houdt in dat de totale emissies (voor de sectoren onder dit systeem) op Europees niveau worden bepaald via een ingestelde limiet of ‘cap’, dewelke gradueel daalt. Binnen de cap kunnen installaties die onder dit systeem vallen onderling rechten wisselen (het ‘trade’ gedeelte). Elke installatie die onder dit systeem valt dient jaarlijks voldoende emissierechten in te dienen om zijn respectievelijke uitstoot af te dekken. Indien een bedrijf zijn emissies heeft doen dalen, kan het de overblijvende emissierechten verkopen aan anderen. Op deze manier gebeurt de emissiereductie op Europees niveau en op een zo kostenefficiënt mogelijke manier. Een nieuwe gascentrale in België, die efficiënter is en bijgevolg minder CO₂ uitstoot dan oudere gascentrales of kolencentrales, zal een minder efficiënte eenheid elders in de Europese Unie verdringen.

(...)

Verordening (EU) 2018/842 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 bepaalt het volgende in artikel 2 ‘Toepassingsgebied’:

‘1. Deze verordening is van toepassing op de broeikasgasemissies van de IPCC-roncategorïeën energie, industriële processen en gebruik van producten, landbouw en afval zoals bepaald in het kader van Verordening (EU) nr. 525/2013, *met uitzondering van de broeikasgasemissies afkomstig van de activiteiten die zijn opgenomen in bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG*.

2. De onderhavige verordening is, onverminderd artikel 7 en artikel 9, lid 2, ervan, niet van toepassing op broeikasgasemissies en -verwijderingen die onder Verordening (EU) 2018/841 vallen.

3. Voor de toepassing van deze verordening worden CO₂-emissies van IPCC-broncategorie ‘1.A.3.A burgerluchtvaart’ als gelijk aan nul beschouwd.’

De productie van energie met verbrandingsinstallaties met een nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW valt onder bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG (onder het Europese ETS-systeem).”

10. Een aantal potentiële juridische problemen in het voorontwerp werden door de Raad van State niet nader onderzocht, en wel om de volgende redenen.

10.1. De Europese Commissie heeft een aantal ongelijke behandelingen geïdentificeerd in het licht van de beoordeling van de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de staatssteunregels.¹⁵ Een van die ongelijke behandelingen, namelijk het gebruik van intermediaire prijslimieten, wordt gedeeltelijk gemilderd in het voorontwerp doordat in de mogelijkheid wordt voorzien dat de CREG ter zake individuele uitzonderingen toestaat binnen het door de Koning bepaalde kader (ontworpen artikel 7*undecies*, § 2, derde lid, van de Elektriciteitswet). Andere ongelijkheden, zoals de ontmoediging van de deelname van intermitterende technologieën met hoge reductiefactoren,¹⁶ lijken dan weer inherent aan de ontworpen regeling. Gelet op de nauwe samenhang met het staatssteunonderzoek, dat exclusief aan de Europese Commissie toekomt, onder toezicht van het Hof van Justitie, neemt de Raad van State hierover geen standpunt in.

10.2. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de artikelen 22 en 24 van verordening (EU) 2019/943, wat afhangt van de waarachtigheid van de scenario's op basis waarvan het capaciteitstekort wordt ingeschat.¹⁷ De Raad van State beschikt niet over het vereiste inzicht en de vereiste expertise om die beoordeling uit te voeren, zodat ook hier de beoordeling wordt overgelaten aan de Europese Commissie.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

11. De aanpassingen die worden aangebracht in de definities van “onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” en “rechtstreekse buitenlandse capaciteit” in artikel 2, 85° en 86°, van de Elektriciteitswet bij artikel 2, 3° en 4°, van het voorontwerp hebben tot gevolg dat capaciteit uit het Verenigd Koninkrijk (dat niet langer een aangrenzende lidstaat van de Europese Unie is) niet in aanmerking komt voor de toepassing van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, ondanks het bestaan van een fysieke verbinding met het Britse elektriciteitsnet. Aangezien elektriciteit moet worden beschouwd als een te verhandelen goed, rijst de vraag of die uitsluiting van het Verenigd Koninkrijk verenigbaar is met het WTO-recht, het Energiehandvestverdrag en de handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen het Verenigd Koninkrijk en de Europese Unie.

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De Elektriciteitsverordening 2019/943 bepaalt in artikel 26, lid 1 uitdrukkelijk dat capaciteitsmechanismen open staan voor rechtstreekse grensoverschrijdende deelname door capaciteitsaanbieders in een andere lidstaat. Over derde landen worden geen regels opgenomen.

¹⁵ Besluit van de Commissie van 21 september 2020, “Steunmaatregel SA.54915 (2019/N) – Capaciteitsvergoedingsmechanisme”, *Pb* 2020, C 346/27, overwegingen 221 tot 227.

¹⁶ *Ibid.*, overwegingen 209 en 210.

¹⁷ *Ibid.*, overwegingen 237 tot 245.

In de Draft EU-UK Trade and Cooperation Agreement, gepubliceerd op de website van de Europese Commissie, wordt het volgende voorzien [in artikel ENER.6]:

‘3. Each Party shall ensure that any capacity mechanism in electricity markets is clearly defined, transparent, proportionate and non-discriminatory. Neither Party is required to permit capacity situated in the territory of the other Party to participate in any capacity mechanism in its electricity markets.’

Overeenkomstig artikel 26, lid 11 van de Verordening zal een methodologie rond grensoverschrijdende deelname goedgekeurd worden door ACER; deze werd op heden nog niet gepubliceerd.

Eens het finale handelsakkoord en de methodologie vanwege ACER beschikbaar zijn zullen deze geverifieerd worden om te bepalen of wijzigingen aan de regeling voorzien in het wetsontwerp nodig zijn, op vandaag lijkt dit echter niet het geval.”

De uitdrukkelijke bepaling in artikel ENER.6¹⁸ van de handels- en samenwerkingsovereenkomst lijkt inderdaad in te houden dat het Verenigd Koninkrijk buiten het toepassingsgebied van het ontworpen capaciteitsvergoedingsmechanisme kan worden gehouden. Aangezien dit een aspect van het EU-handelsbeleid betreft, wat een exclusieve Uniebevoegdheid is,¹⁹ wordt daarover het best overleg gepleegd met de Europese Commissie. Elektriciteit valt immers ook voor de toepassing van het WTO-recht onder de goederen.²⁰ Bovendien voorziet artikel GOODS.10²¹ van de handels- en samenwerkingsovereenkomst in een principieel verbod van kwantitatieve invoer- en uitvoerbeperkingen voor goederen, met verwijzing naar artikel XI van de GATT 1994. Tevens rijst de vraag naar de verenigbaarheid met artikel III, lid 1, van de GATT 1994, en het bestaan van een rechtvaardiging onder artikel XX van de GATT 1994.

Artikel 4

12. De vraag rijst of uit de verwijzing in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 6, vierde lid, van de Elektriciteitswet (artikel 4 van het voorontwerp) naar de termijnen bedoeld in artikel 4 van verordening (EU) 2015/1589²² moet worden afgeleid dat er bij elke veiling een nieuwe aanmelding bij de Europese Commissie zal gebeuren. Als immers enkel bedoeld wordt op het lopende onderzoek is die verwijzing niet relevant, aangezien die termijnen betrekking hebben op een vooronderzoek, terwijl de Commissie bij besluit SA.54915 (2019/N) heeft beslist om een diepgaand onderzoek te voeren. Het zou anders zijn als er, los van de aanmelding van het geheel, ook bij elke veiling nog een aanmelding plaatsvindt.

¹⁸ Deze nummering is een voorlopige nummering van de ontwerptekst van de overeenkomst.

¹⁹ Artikel 3, lid 1, e), VWEU.

²⁰ T. COTTIER, G. MALUMFASHI, S. MATTEOTTI-BERKUTOVA, O. NARTOVA, J. DE SÉPIBUS en S.Z. BIGDELI, *Energy in WTO law and policy*, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_7may10_e.pdf, 3-4.

²¹ Deze nummering is een voorlopige nummering van de ontwerptekst van de overeenkomst.

²² Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 ‘tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’.

De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Er wordt inderdaad enkel bedoeld op het lopende onderzoek, er zal niet bij elke veiling een nieuwe aanmelding gebeuren. De (on)verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt wordt volgens het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie steeds beoordeeld volgens het artikel 107. Het klopt dat de verwijzing naar het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, inmiddels niet meer relevant is gezien een formele onderzoeksprocedure geopend werd. O.i. kan de tekst als volgt worden aangepast:

‘De minister heft de instructie bedoeld in het eerste lid op binnen tien dagen vanaf de ontvangst vanwege de Europese Commissie van haar beslissing dat de steunmaatregelen bedoeld in deze afdeling onverenigbare staatssteun vormen in de zin van artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die opheffing impliceert het verbod tot organisatie van een prekwalificatieprocedure en / of van een veiling in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme of hun onmiddellijke annulering.

In ieder geval sluit de netbeheerder slechts capaciteitscontracten bedoeld in paragraaf 11, waarin het recht op de capaciteitsvergoeding wordt verleend, na de ontvangst door de Belgische Staat van de beslissing van de Europese Commissie volgens dewelke de steunmaatregelen bedoeld in deze afdeling geen onverenigbare staatssteun vormen in de zin van artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, ~~of na het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.~~ Ten laatste tien werkdagen na ontvangst van voornoemde beslissing van de Europese Commissie in het kader van artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, ~~of na het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van Verordening (EU) 2015/1589,~~ laat de minister in het Belgisch Staatsblad een bericht publiceren met een samenvatting en verwijzing naar voornoemde beslissing van de Europese Commissie of waarbij dat bericht het verstrijken van voornoemde termijn vaststelt.”

Met die aanpassingen kan worden ingestemd, mits in de laatste zin ook de zinsnede “of waarbij dat bericht het verstrijken van voornoemde termijn vaststelt” wordt weggelaten.

13. In het ontworpen artikel 7undecies, § 7, derde en vierde lid, van de Elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van een bekrachtiging bij koninklijk besluit van de enkele raming en van de kost van nieuwe toegang²³ die door de Algemene Directie Energie wordt vastgesteld. Indien het de bedoeling is om te voorzien in een goedkeuringstoezicht, kan beter worden bepaald dat de enkele raming en de kost van nieuwe toegang worden *goedgekeurd* bij een koninklijk besluit. Indien het daarentegen de bedoeling is om aan die twee teksten de rechtskracht van een koninklijk besluit te verlenen, kan beter worden bepaald dat ze worden overgenomen in een koninklijk besluit.

²³ In de Franse tekst van het ontworpen vierde lid schrijve men “le coût qu’un nouvel entrant doit couvrir”.

14. Overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet worden de voorwaarden en de modaliteiten (lees: nadere regels) waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure bepaald door de Koning “uiterlijk voor het eerste leveringsjaar”. De vraag rijst waarom daardoor de mogelijkheid wordt uitgesloten voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit om deel te nemen aan de prekwalificatieprocedure en om deel te nemen aan gerichte veilingen die voorafgaan aan de eerste veiling die vier jaar voor de periode van capaciteitslevering plaatsvindt.²⁴⁻²⁵ In de memorie van toelichting wordt hiervoor de volgende verantwoording verstrekt:

“Voor wat betreft de onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten wordt geoordeeld dat de mogelijkheid van meerjarencontracten niet kan worden voorzien. Immers kan de beschikbaarheid op lange termijn voor het Belgische net niet worden gegarandeerd: dit is niet alleen afhankelijk van het niveau van de interconnectie en de beschikbaarheid ervan, maar ook van het risico van gelijktijdige systeemstress met de buurlanden. Deze risico's kunnen in de loop van de tijd aanzienlijk variëren, afhankelijk van de adequaatheid en de marktsituatie in andere landen. Als gevolg daarvan zou er een risico voor de toereikendheid kunnen ontstaan door te rekenen op vaste jaarlijkse grensoverschrijdende bijdragen. Aangezien de onzekerheid voor een periode van vijf jaar (d.w.z. om de maximale toetredingscapaciteit voor de veiling vier jaren op voorhand te kalibreren) al aanzienlijk is, zou het onvoorzichtig zijn om dit ook voor nog langere perioden te voorzien en te contractualiseren.”

Deze verantwoording lijkt niet onredelijk te zijn, maar ze zou moeten worden aangevuld wat betreft de uitsluiting voor deelname aan gerichte veilingen.

15. 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 onbevangen wijze kan optreden bij de organisatie van zo'n veiling.

Toen deze vraag werd voorgelegd aan de gemachtigde in adviesaanvraag 65.181/3, verklaarde hij daarover destijds 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.

²⁴ Zie immers het ontworpen artikel 7*undecies*, § 10, van de Elektriciteitswet, alsook de verwijzing naar die bepaling in het ontworpen artikel 7*duodecies*, § 2, van de Elektriciteitswet.

²⁵ Zie hierover ook de opmerkingen 8.1 tot 8.3 van het voormelde advies 65.181/3.

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 de destijds door de gemachtigde aangehaalde rechtsgrondbepalingen (waarvan een equivalente versie voorkomt in het huidige voorontwerp). Het is raadzaam om het ontworpen artikel 7*undecies* aan te vullen met bepalingen die een dergelijke toestand van belangenconflicten tegengaan op een structurele wijze, namelijk door te bepalen dat wanneer zo'n toestand zich voordoet, een andere instantie, zoals bijvoorbeeld de CREG, instaat voor de organisatie van en het toezicht en de controle op de aanbestedingsprocedure.

16. In het ontworpen artikel 7*undecies*, § 9, eerste lid, van de Elektriciteitswet wordt verwezen naar de criteria bepaald krachtens het vijfde lid ervan, terwijl het gaat om de ontvankelijkheidscriteria voor de prekwalificatie bedoeld in paragraaf 8. De verwijzing moet hieraan worden aangepast. Bovendien schrijve men in de Nederlandse tekst "ontvankelijkheidscriteria" en in de Franse tekst "critères de recevabilité".

17. Overeenkomstig het ontworpen artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet kan een capaciteitshouder die geselecteerd is na de prekwalificatieprocedure, beslissen om niet deel te nemen aan de veiling, “op voorwaarde dat hij de netbeheerder er uiterlijk op 25 september van het betreffende kalenderjaar van op de hoogte brengt”. De vraag rijst 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.

Toen deze vraag werd voorgelegd aan de gemachtigde in de adviesaanvraag 65.181/3, verklaarde die daarover destijds het volgende:

“De deelname aan de prekwalificatie is overeenkomstig artikel 7*undecies* [§ 8, tweede lid] 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 prekwalificatie- 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, ook niet in het huidige voorontwerp. Ofwel zou dit in de tekst zelf geregeld moeten worden, ofwel moet worden voorzien in een machtiging aan de Koning om dit te regelen.

18. In punt 4.1 van de memorie van toelichting wordt gesteld dat moet worden vermeden “dat pas na de veiling blijkt dat voor een bepaalde capaciteit geen vergunning afgeleverd kan worden, maar dat deze capaciteit ondertussen wel heeft kunnen deelnemen aan de veiling of zelfs het voorwerp uitmaakt van een capaciteitscontract”. Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 8, vierde lid, van de Elektriciteitswet komt daaraan ten dele tegemoet door te eisen dat de capaciteitshouder die een aanvraag indient voor toekomstige capaciteit meteen ook een aanvraag indient voor een productievergunning. Het lijkt echter zinvol om voorts ook te voorzien in het vereiste dat men over een productievergunning beschikt voor men daadwerkelijk mag deelnemen aan de veiling.

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Wij kunnen hier verduidelijken dat de ontvankelijkheidscriteria worden vastgelegd in artikel 7*undecies*, §8, (deze betreffen het recht tot deelname aan de prekwalificatieprocedure). De prekwalificatiecriteria (deze betreffen het recht tot deelname aan de daaropvolgende veiling) worden op hun beurt bepaald overeenkomstig artikel 7*undecies*, §12, 2°. In het artikel 7*undecies*, §12, 2° schrijft de wetgever enerzijds voor dat de netbeheerder die prekwalificatiecriteria bepaalt in de CRM-werkingsregels (dewelke worden goedgekeurd door de regulator) en anderzijds dat minstens de aldaar gedefinieerde prekwalificatiecriteria moeten worden toegepast, i.e. a) en b). Onder bepaling a) wordt vereist dat men over een productievergunning beschikt voorafgaand aan de uiterste indieningsdatum van de veiling indien men krachtens artikel 4 van de Elektriciteitswet vergunningsplichtig is. Het komt aan de netbeheerder toe om te verifiëren of aan dat prekwalificatiecriterium is voldaan.

Artikel 7*undecies*, § 12, tweede lid, 2° luidt als volgt:

‘2° de criteria en modaliteiten inzake prekwalificatie op grond waarvan het recht wordt verleend tot deelname aan de veiling bedoeld in paragraaf 10 en aan de secundaire markt. In ieder geval gelden de volgende criteria als prekwalificatiecriteria:

a) indien de beoogde investering een activiteit impliceert waarvoor een vergunningsplicht geldt krachtens artikel 4, § 1, beschikt de indiener van het prekwalificatiedossier over een productievergunning bedoeld in artikel 4 uiterlijk twintig dagen voorafgaand aan de uiterste indieningsdatum van de biedingen in het kader van de veiling bedoeld in paragraaf 10;’

De verwijzingen naar paragraaf 10 kunnen ons inziens worden weggelaten.”

Het is weinig zinvol om het vaststellen van de werkingsregels over te laten aan de netbeheerder en tegelijkertijd bepaalde verplichtingen die in die werkingsregels moeten worden opgenomen al te verwerken in die delegatie, zoals het geval is in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 12, tweede lid, 2°. Het zou veel transparanter zijn om die verplichtingen al dadelijk op te nemen in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 10, tweede lid, dat de verplichtingen bevat waaraan capaciteitshouders moeten voldoen om te kunnen deelnemen aan de veiling.

Artikel 6

19. De verwijzingen in het ontworpen artikel 7*duodecies*, § 1, tweede en derde lid, van de Elektriciteitswet (artikel 6 van het voorontwerp) naar de uitkomst van de beoordeling van de verenigbaarheid met de staatssteunregels en naar het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van verordening (EU) 2015/1589 blijken hier wel relevant te zijn, in tegenstelling tot wat voor de laatstgenoemde termijnen gebleken is in opmerking 12 over het ontworpen artikel 7*undecies*, § 6, vierde lid. De gemachtigde verklaarde immers het volgende over de aanmelding van staatssteun bij het organiseren van gerichte veilingen:

“Er is op heden geen dossier voor een gerichte veiling. Indien hiertoe besloten zou worden, zal dit inderdaad vooraf afzonderlijk worden aangemeld bij de Europese Commissie. (...)”

De gemachtigde bevestigde voorts dat in dat geval ook een aanmelding zal gebeuren bij de Commissie overeenkomstig verordening (EU) 2019/943.

20. In het ontworpen artikel 7*duodecies*, § 2, wordt bepaald dat “[i]ndien de gerichte veiling plaatsvindt voor de volledige invoering van een capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in artikel 7*undecies*, §§ 2 tot 13, (...) deze veiling slechts een gedeeltelijke implementatie [is] die moet worden vervolledigd door het organiseren van aanvullende veilingen zodat het volledige volume van de benodigde capaciteit kan worden bereikt”. Op de vraag om de draagwijdte van deze bepaling toe te lichten, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Men beoogt hiermee te verduidelijken dat, indien een gerichte veiling plaatsvindt in afwachting van de volledige invoering van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, dit zal beperkt worden tot het strikt noodzakelijke. Bij een ‘gerichte’ veiling wordt namelijk verondersteld dat van een aantal basisprincipes zou worden afgeweken, met name dat het moet gaan om een technologieneutraal systeem dat open staat zowel voor nieuwe als voor bestaande capaciteiten. Vandaar dat een beperking tot het strikt noodzakelijke opportuun wordt geacht; dit kan inderdaad strikt noodzakelijk in termen van contractduur betreffen, alsook strikt noodzakelijk in termen van beoogde capaciteit op een welbepaald aantal jaren voorafgaand aan de periode van capaciteitslevering. “

De aard van die beperkingen wordt het best tot uiting gebracht in de ontworpen bepaling zelf of minstens in de memorie van toelichting, mede gelet op de mogelijke gevolgen van de door de gemachtigde geschetste afwijkingen voor de vrije mededinging tussen de mogelijke houders van productiecapaciteit.

21. Indien gerichte veilingen worden georganiseerd voor de inwerkingtreding van het capaciteitsmechanisme, rijst bovendien de vraag hoe die zich verhouden tot het bestaande systeem van de strategische reserve. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De goedkeuring vanwege de Europese Commissie voor de strategische reserve geldt slechts tot de winter van 2021-2022 (eindigend op 31 maart 2022). Indien een verlenging van dit mechanisme beoogd wordt, zal deze bij de Europese Commissie aangemeld dienen te worden in het kader van staatssteun (naar alle verwachting als een wijziging van Hoofdstuk IIbis, Afdeling I van de Elektriciteitswet). Het capaciteitsvergoedingsmechanisme zal pas capaciteit verzekeren vanaf 2025. In het geval de minister vaststelt dat de implementatie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme niet binnen een redelijke en gepaste termijn kan gerealiseerd worden en/of vaststelt dat een manifest risico voor de bevoorradingszekerheid van de Belgische regelzone bestaat in de periode voor 2025, voorziet het wetsontwerp in de mogelijkheid van een gerichte veiling. Zoals hierboven aangegeven is er op heden geen dossier voor een gerichte veiling, noch is er op heden een dossier voor de verlenging van de strategische reserve. Indien tot een van beide opties zou worden besloten, zal dit vooraf worden aangemeld bij de Europese Commissie.”

Gelet op de door de gemachtigde geschetste timing en op het gegeven dat een gerichte veiling in elk geval vooraf moet worden aangemeld bij de Europese Commissie, lijkt er geen risico te bestaan dat de gerichte veilingen zullen interfereren met de bestaande steunregeling in het kader van de strategische reserve.

Artikel 8

22. De verwijzingen in het ontworpen artikel *7terdecies*, derde en vierde lid, van de Elektriciteitswet (artikel 8 van het voorontwerp) naar de uitkomst van de beoordeling van de verenigbaarheid met de staatssteunregels en naar het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van verordening (EU) 2015/1589 blijken hier wel relevant te zijn, in tegenstelling tot wat voor de laatstgenoemde termijnen gebleken is in opmerking 12 over het ontworpen artikel *7undecies*, § 6, vierde lid. Hier bestaat er immers geen twijfel over dat een nieuwe voorafgaande aanmelding bij de Europese Commissie vereist zal zijn, aangezien de aard van de beoogde maatregelen onbekend is.

Artikel 9

23. In de inleidende zin van artikel 9 van het voorontwerp schrijve men “artikel 23, § 2, tweede lid” in plaats van “artikel 23, tweede lid”.

Artikelen 10 en 11

24. De gemachtigde bevestigde dat in de ontworpen artikelen 26, § 1*ter*, eerste lid, en 30*bis*, § 3, van de Elektriciteitswet (artikelen 10 en 11 van het voorontwerp) telkens moet worden verwezen naar artikel *7undecies*, § 13 (niet: § 14).

Artikel 12

25. Aangezien de opheffing van afdeling 5 van hoofdstuk II (lees: II*bis*) van de Elektriciteitswet bij artikel 12 van het voorontwerp ook de opheffing impliceert van artikel *7quaterdecies*, dat het enige artikel is in die afdeling, kan de verwijzing naar dat laatste artikel beter worden weggelaten.

*

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 mettre en place un nouveau mécanisme de rémunération de capacité (CRM), qui se substitue à celui qui a été instauré par la loi du 22 avril 2019 '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' ², mais dont les dispositions fondamentales ne sont pas encore entrées en vigueur ³. Le nouveau régime entend se conformer au cadre réglementaire européen entre-temps modifié, apporter une solution à des problèmes liés aux aides d'État et satisfaire à une résolution adoptée par la Chambre des représentants concernant la conception ⁴ d'un tel mécanisme. Pour ce faire, il apporte des modifications à la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité), ainsi qu'à la loi du 22 avril 2019.

2.1. L'article 2 de l'avant-projet adapte un certain nombre de définitions dans l'article 2 de la loi sur l'électricité.

2.2. L'article 3 de l'avant-projet insère dans le chapitre Ibis de la loi sur l'électricité une nouvelle section 2 intitulée « Mécanisme de rémunération de capacité ». Cette nouvelle section contient l'article 7undecies qui est inséré par l'article 4 de l'avant-projet. Cet article 7undecies se compose de 16 paragraphes qui règlent les différents aspects du mécanisme de rémunération de capacité.

L'article 7undecies, § 1^{er}, en projet, met en place un mécanisme de rémunération de capacité qui fonctionne sur la base de mises aux enchères récurrentes. Le Roi fixe les paramètres selon lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, définit les autres paramètres pour l'organisation des mises aux enchères (facteurs de réduction, prix de référence, plafonds de prix intermédiaires applicables à certaines capacités répondant à des critères

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

² Cette loi est issue d'une initiative parlementaire, mais le Conseil d'État a rendu le 14 février 2019 l'avis 65.181/3 sur un avant-projet de loi similaire (voir le texte reproduit dans les documents parlementaires, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-19, n° 54-3584/004, pp. 63-98, ainsi que sur le site www.conseildetat.be > Chercher dans les avis (avec le texte de l'avant-projet initial)). Ainsi qu'il ressortira du présent avis, plusieurs observations tirées de cet avis rendu précédemment s'avèrent également pertinentes pour l'actuel avant-projet de loi.

³ Voir l'article 14 de la loi du 22 avril 2019, qui subordonne l'entrée en vigueur des articles 5 à 10 de celle-ci à la publication d'un avis constatant que la procédure relative aux aides d'État a été suivie.

⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-1220/007.

spécifiques et prix d'exercice) et détermine les dérogations individuelles aux plafonds de prix intermédiaires (article 7undecies, § 2, en projet).

Sur base de ces paramètres, le gestionnaire du réseau établit un rapport, au plus tard le 15 novembre de chaque année, en fonction duquel la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) donne, au plus tard le 15 décembre, un avis (article 7undecies, § 3, en projet), et soumet au ministre qui a l'énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre), au plus tard le 1^{er} février, une proposition pour les valeurs spécifiques permettant de déterminer le volume de la capacité à prévoir (article 7undecies, § 4, en projet). Après avis de la Direction générale de l'Énergie du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie et du gestionnaire du réseau quant à cette proposition (article 7undecies, § 5, en projet), le ministre donne instruction au gestionnaire du réseau, au plus tard le 31 mars, d'organiser les mises aux enchères, en respectant les paramètres et les volumes déterminés par le ministre, et sous réserve de décisions négatives de la Commission européenne au sujet de la compatibilité avec les règles en matière d'aides d'État (article 7undecies, § 6, en projet).

L'article 7undecies, § 7, en projet, assimile le niveau de sécurité d'approvisionnement à atteindre à la norme de fiabilité et règle la procédure de fixation de celle-ci par le Roi sur proposition de la CREG. Dans l'attente de la fixation de cette norme conformément à l'article 23, paragraphe 6, du règlement (UE) n° 2019/943⁵, c'est la norme de l'article 7bis, § 2, de la loi sur l'électricité qui s'applique. La Direction générale de l'Énergie doit déterminer à cette fin deux paramètres clés, à savoir le coût de l'énergie non distribuée (en collaboration avec le Bureau fédéral du Plan) et le coût qu'un nouvel entrant doit couvrir. Ces données sont « confirmées » par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

Le Roi détermine les critères de recevabilité (article 7undecies, § 8, en projet) donnant le droit de participer à la procédure de préqualification, dont notamment des critères pour les détenteurs de capacité bénéficiant déjà d'autres mesures de soutien, les seuils minimaux de capacité en MW et les conditions de participation de détenteurs de capacité étrangère indirecte (pour lesquels des restrictions particulières sont prévues). La participation de détenteurs de capacité encore à réaliser n'est autorisée que si le demandeur a introduit une demande d'autorisation de production au plus tard quinze jours suivant la publication de l'instruction. Concomitamment à l'introduction du dossier de préqualification, le détenteur de capacité qui souhaite obtenir un contrat de capacité pour plus d'une période de fourniture de capacité introduit auprès de la CREG un dossier d'investissement détaillé et motivé au regard des critères d'éligibilité précités, sur la base duquel la CREG détermine le classement de la capacité dans une catégorie de capacité (article 7undecies, § 9, en projet).

Pour chaque période de fourniture de capacité, deux mises aux enchères sont organisées selon la formule *pay-as-bid* : une première mise aux enchères quatre ans avant la période de fourniture de capacité, et une seconde mise aux enchères un an avant cette période (article 7undecies, § 10, en projet). Tout détenteur de capacité dont le dossier répond aux critères

⁵ Règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'sur le marché intérieur de l'électricité'.

de recevabilité visés au paragraphe 8 ainsi qu'aux critères de préqualification visés au paragraphe 12, alinéa 2, 2°, a le droit de participer à l'enchère. Un détenteur de capacité préqualifié peut toutefois renoncer à sa participation, à condition de le notifier au gestionnaire du réseau dans les délais. Le détenteur d'une capacité non prouvée n'est cependant autorisé à participer qu'à une mise aux enchères organisée quatre ans avant la période de fourniture de capacité sur laquelle porte cette enchère et n'a donc pas le droit de participer à une enchère organisée un an avant la période de fourniture de capacité sur laquelle porte cette enchère.

Après la mise aux enchères, le gestionnaire du réseau conclut un contrat de capacité avec les fournisseurs de capacité, avec en contrepartie pour la capacité garantie l'octroi d'une rémunération de capacité ⁶ pour les périodes faisant l'objet du contrat (une, trois, huit ou quinze périodes, sauf pour les capacités étrangères indirectes et pour les capacités non prouvées, qui ne peuvent être contractées que pour une seule période) (article 7*undecies*, § 11, en projet).

Le gestionnaire du réseau établit les règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité et les soumet à l'approbation de la CREG, qui opère au minimum tous les deux ans une évaluation de l'application de celui-ci (article 7*undecies*, § 12, en projet).

Le contrôle du respect des obligations est confié à la CREG, qui est également compétente pour intervenir en cas de manipulation de marché dans le cadre des mises aux enchères (article 7*undecies*, § 13, en projet). La Direction générale de l'Énergie est habilitée à infliger des amendes administratives en cas de non-respect, d'une part, des conditions dans lesquelles les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien ont le droit ou l'obligation de participer à la procédure de préqualification et, d'autre part, de l'obligation pour tout détenteur d'une capacité de production située dans la zone de réglage belge et qui répond aux critères de recevabilité, ⁷ d'introduire un dossier de préqualification (article 7*undecies*, § 14, en projet).

Les coûts du gestionnaire de réseau sont, en tant qu'obligations de service public, couverts par les tarifs de réseau, conformément aux conditions de l'article 7*undecies*, § 15, en projet. Le budget annuel de la CREG devra en outre prendre en compte les missions supplémentaires qui lui sont attribuées (article 7*undecies*, § 16, en projet).

2.3. L'article 5 de l'avant-projet insère dans le chapitre IIbis de la loi sur l'électricité une nouvelle section 3 intitulée « Mise aux enchères ponctuelle ». Cette nouvelle section contient l'article 7*duodecies* qui est inséré par l'article 6 de l'avant-projet. Cet article 7*duodecies* habilite le ministre à organiser, outre les mises aux enchères classiques, des mises aux enchères ponctuelles afin d'éviter tout problème d'approvisionnement, et dont les modalités doivent, dans la mesure du possible, être analogues à celles des mises aux enchères classiques.

⁶ Compte tenu de la méthode *pay-as-bid*, cette rémunération de capacité correspond en principe au prix offert, sous réserve de l'application d'un plafond de prix intermédiaire (si aucune dérogation n'a été obtenue). En outre, les recettes nettes dépendront d'autres restrictions dans le cadre des règles de fonctionnement (voir l'article 7*undecies*, § 12, en projet), dont l'obligation de remboursement de la différence positive entre le prix de référence et le prix d'exercice (article 7*undecies*, § 11, en projet).

⁷ Dans le texte néerlandais de la disposition en projet, il est fait référence au paragraphe 8 de l'article 7*undecies* en projet, alors que le texte français vise en outre, mais vraisemblablement à tort, le paragraphe 9.

2.4. L'article 7 de l'avant-projet insère dans le chapitre *Iibis* de la loi sur l'électricité une nouvelle section 4 intitulée « Développement de nouvelles capacités ». Cette nouvelle section contient l'article *7terdecies* qui est inséré par l'article 8 de l'avant-projet. Cet article *7terdecies* habilite le Roi à prendre toute autre mesure d'aide en vue de générer des capacités supplémentaires, si les mécanismes prévus aux articles *7undecies* et *7duodecies* n'ont pas conduit au résultat souhaité. Le régime élaboré par le Roi devra pouvoir s'inscrire dans le cadre des règles en matière d'aides d'État et devra être confirmé dans les douze mois suivant son entrée en vigueur.

2.5. Les articles 9, 10 et 11 de l'avant-projet apportent un certain nombre de modifications aux mécanismes de contrôle prévus aux articles 23, alinéa 2, 26, § 1^{er}*ter*, et 30*bis*, § 3, de la loi sur l'électricité.

2.6. La section 5 du chapitre II (lire : *Iibis*) de la loi sur l'électricité est abrogée.

2.7. Dans le droit fil de ce qui précède, les articles 5 à 10 et 14 de la loi du 22 avril 2019 sont abrogés, étant donné que ces articles 5 à 10, qui ne sont pas encore entrés en vigueur conformément à cet article 14, sont devenus obsolètes en raison du nouveau régime en projet.

FORMALITÉS

3. La réglementation en projet contient un régime d'aides d'État complexe. Le régime inscrit dans la loi du 22 avril 2019 a été notifié à la Commission européenne le 19 décembre 2019, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : le TFUE), à la suite de quoi la Commission européenne a décidé le 21 septembre 2020 de procéder à un examen approfondi du mécanisme envisagé⁸. Cet examen englobe également l'avant-projet soumis pour avis.

L'avant-projet contient, certes, un certain nombre de dispositions censées empêcher que des aides soient octroyées si la Commission européenne devait formuler des objections ou après l'expiration des délais pour l'appréciation des aides d'État⁹, mais un tel mécanisme de sécurité permet seulement d'éviter que la Belgique mette des mesures à exécution, en méconnaissance des dispositions conventionnelles précitées, avant que la procédure d'appréciation des aides d'État soit terminée. Si des objections devaient être formulées, d'éventuelles corrections nécessiteraient en principe une adaptation du régime en projet.

⁸ Aide d'État SA.54915 (2019/N) — Mécanisme de rémunération de la capacité, *J.O.* 2020, C 346/27.

⁹ Voir les articles *7undecies*, § 6, alinéas 3 et 4, *7duodecies*, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, et *7terdecies*, alinéas 3 et 4, de la loi sur l'électricité (articles 4, 6 et 8 de l'avant-projet).

4. Le règlement (UE) 2019/943 contient différentes formalités préalables que les États membres doivent accomplir avant de pouvoir instaurer un mécanisme de rémunération de capacité. Le dossier de législation soumis au Conseil d'État ne comporte aucun document établissant qu'il a été satisfait à ces conditions. Il a été demandé au délégué de démontrer qu'il a été satisfait à l'obligation :

- d'établir et de publier un plan de mise en œuvre, conformément à l'article 20, paragraphe 3, du règlement (UE) 2019/943 ;
- de recueillir l'avis de la Commission européenne sur ce plan de mise en œuvre conformément aux articles 20, paragraphes 4 et 5, et 21, paragraphe 5, du règlement (UE) 2019/943 ;
- de consulter les États membres voisins avec lesquels ils disposent d'un raccordement direct au réseau, conformément à l'article 21, paragraphe 2, du règlement (UE) 2019/943.

En ce qui concerne le plan de mise en œuvre, le délégué a répondu comme suit :

« De Belgische Staat heeft een plan ingediend overeenkomstig artikel 20, lid 3 van de Elektriciteitsverordening 2019/943. Het advies dat de Europese Commissie heeft gegeven, alsook het finale uitvoeringsplan van de Belgische Staat zijn terug te vinden op de website van de Algemene Directie Energie onder de hoofding 'Uitvoeringsplan ter verbetering van de marktwerking (november 2019 & juli 2020)': <https://economie.fgov.be/nl/themas/energie/bevoorradingszekerheid/capaciteitsremuneratiemechanis>.

De conclusie is inderdaad dat verbeteringen van de marktwerking op zichzelf niet zullen volstaan om de bevoorradingszekerheid van het land te garanderen, waardoor een interventie nodig is. De maatregelen opgenomen in het uitvoeringsplan zullen, zoals voorgeschreven, verder gemonitord worden en jaarlijks zal de Belgische Staat een opvolgingsrapport bij de Europese Commissie indienen ».

En ce qui concerne l'avis de la Commission européenne, le délégué a répondu ce qui suit :

« Dit advies is beschikbaar op de bovenvermelde website van de Algemene Directie Energie en bezorg ik u eveneens in bijlage ».

Enfin, en ce qui concerne la consultation des pays voisins, le délégué a déclaré :

« In overeenstemming met artikel 21, lid 2 van de Elektriciteitsverordening 2019/943 heeft de Belgische Staat de aangrenzende lidstaten en hun belanghebbenden geraadpleegd. Hierbij is gebruik gemaakt van het Pentlateraal Energie Forum. De raadpleging is in twee stappen verlopen, namelijk een presentatie gevolgd door een schriftelijke consultatieperiode. Daarbij zijn zeven reacties ontvangen. De presentatie, de ontvangen reacties en de antwoorden hierop zijn gebundeld in het consultatieverslag, dat ter beschikking is op de bovenvermelde website van de Algemene Directie Energie ».

5. Conformément à l'article 25, paragraphe 2, du règlement (UE) 2019/943, la norme de fiabilité doit être fixée « par l'État membre ou par une autorité compétente désignée par l'État membre, sur proposition de l'autorité de régulation ». Dans cette optique, l'article 7undecies, § 7, alinéa 2, première phrase, en projet, de la loi sur l'électricité (article 4 de l'avant-projet) prévoit une procédure pour la fixation de la norme de fiabilité par le Roi sur avis de la CREG. Par contre,

l'article 7undecies, § 7, alinéa 2, deuxième phrase, en projet, détermine déjà lui-même, en attendant, une norme de fiabilité, à savoir « [l]es dispositions de l'article 7bis, § 2 », c'est-à-dire le niveau de sécurité d'approvisionnement à atteindre selon une analyse probabiliste effectuée chaque année par le gestionnaire du réseau. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het artikel 25, lid 1 van de Elektriciteitsverordening 2019/943 voorziet dat een lidstaat die een capaciteitsmechanisme toepast, gebruik maakt van een betrouwbaarheidsnorm. De geest van deze bepaling lijkt te zijn dat een lidstaat een degelijke basis moet hebben om een interventie op het vlak van bevoorradingszekerheid op te stellen. De Belgische Staat heeft een betrouwbaarheidsnorm, namelijk degene die werd vastgesteld in het kader van de strategische reserve (artikel 7bis, §2, 3° van de Elektriciteitswet). Ter info kan ik u meegeven dat deze norm in lijn ligt met de omliggende landen (en identiek is aan verschillende landen die reeds een CRM hebben ingevoerd, namelijk Frankrijk, Polen, Italië en het VK).

In artikel 25, lid 2 van de Elektriciteitsverordening 2019/943 wordt een betrouwbaarheidsnorm beoogd die is vastgesteld op basis van de in artikel 23, lid 6, van diezelfde verordening methodologie. Er is op heden nog geen formeel voorstel vanwege de regulator met betrekking tot deze nieuwe betrouwbaarheidsnorm: de methodologie overeenkomstig artikel 23, lid 6, die gevolgd dient te worden om eerst te komen tot een waarde van de verloren belasting ('VOLL') en 'kosten voor nieuwe toegang ('CONE'), en op basis van deze twee waarden tot een betrouwbaarheidsnorm, werd immers pas door ACER goedgekeurd op 2 oktober 2020 (https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACER%20Decision%2023-2020%20on%20VOLL%20CONE%20RS.pdf). De werkzaamheden om te komen tot de waarde van de verloren belasting en de kosten voor nieuwe toegang, werden na deze goedkeuring reeds opgestart.

De Belgische Staat heeft bij de verdere uitwerking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme (die reeds geruime tijd voorafgaand aan de Elektriciteitsverordening 2019/943 gestart was en hierop niet kon wachten, noch op de goedkeuring van de methodologieën overeenkomstig deze Verordening) aan de Europese Commissie aangegeven dat zij telkens zou werken met de betrouwbaarheidsnorm die van toepassing was op 15 september van het jaar voorafgaand aan de veiling. Rekening houdend met de procedurele stappen (berekeningen, voorstellen en adviezen) en de voorbereidingstijd voor de marktpelers die de veiling zelf noodzakelijkerwijze voorafgaan, is deze datum redelijk. De Belgische Staat stelt vast in het besluit van de Europese Commissie waarmee het formeel onderzoek werd geopend, deze werkwijze niet wordt betwist ».

Le règlement (UE) 2019/943 étant déjà d'application depuis le 1^{er} janvier 2020, la formalité prévue à l'article 25, paragraphe 2, vaut également pour le régime transitoire inscrit à l'article 7undecies, § 7, alinéa 2, deuxième phrase, en projet. Dès lors, il convient que la CREG élabore une proposition concernant ce régime transitoire.

6. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État¹⁰, les dispositions modifiées ou ajoutées

¹⁰ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou des modifications visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

devraient être soumises à la section de législation, conformément au prescrit de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

7.1. L'article 22, paragraphe 1, d), du règlement (UE) 2019/943 prescrit que les fournisseurs de capacité doivent être sélectionnés au moyen d'une procédure transparente, non discriminatoire et concurrentielle. 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, au regard de cette disposition du règlement, 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 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*, § 12, en projet, de la loi sur l'électricité). En tant que tels, ces principes sont conformes à la disposition du règlement précitée et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la libre circulation concernant les procédures non harmonisées pour les marchés publics ¹¹.

7.2. 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 exigences de transparence et de non-discrimination évoquées dans l'observation 7.1 seront respectées 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 7.4 et 7.5, la réglementation actuelle portée par l'avant-projet 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).

¹¹ 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).

7.3. 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, § 12, en projet, de la loi sur l'électricité confère au gestionnaire du réseau visant, après consultation des acteurs du marché, 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 une entreprise privée telle que le gestionnaire du réseau, même avec une tutelle d'approbation par la CREG, une personne morale de droit public dotée d'une très grande autonomie sur laquelle le ministre ne peut pas, même indirectement, exercer de contrôle politique et n'y est pas habilité, 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, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique¹².

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 sanctions¹³. S'il n'est pas possible d'élaborer ces règles dans l'avant-projet, leur fixation doit être déléguée au Roi.

La circonstance qu'il est prévu une tutelle 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.

7.4. Les exigences de transparence et de non-discrimination évoquées dans l'observation 7.1 supposent que la portée des règles de fonctionnement à fixer est connue

¹² Comparer avec les critères d'évaluation qu'utilise la Cour constitutionnelle pour apprécier les délégations de pouvoir réglementaire par le législateur à une autorité administrative autonome ou à un organisme public décentralisé ; voir C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4, et C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 : « Les articles 33, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes » ; voir C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.8.4 : « L'article 33 de la Constitution et l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 [de réformes institutionnelles] ne s'opposent pas à ce que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel ». Voir aussi C.C. 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2 : « Une délégation à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».

¹³ Voir l'article 7undecies, § 12, alinéa 2, 5°, en projet, de la loi sur l'électricité.

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, § 12, alinéa 2, 5°, en projet, de la loi sur l'électricité).

L'article 7undecies, § 12, alinéa 3, en projet, exige que les règles de fonctionnement – qui, consécutivement à l'observation 7.3, 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 avant qu'ils introduisent – au plus tard le 15 juin – un dossier de préqualification, conformément à l'article 7undecies, § 8, alinéa 7, en projet, de la loi sur l'électricité.

7.5. La possibilité pour le Roi d'instaurer, entre autres, des plafonds de prix¹⁴ intermédiaires dont fait état l'article 7undecies, § 2, alinéa 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 exigences de transparence et de non-discrimination évoquées dans l'observation 7.1.

8. La question se pose de savoir comment sont réglés le contrôle et le financement des mises aux enchères ponctuelles. En effet, l'article 7duodecies, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité indique que la procédure de mise aux enchères ponctuelle « se fonde lorsque c'est possible sur les principes du mécanisme de rémunération de capacité prévus à l'article 7undecies, §§ 2 à 13 », tandis que le contrôle et le financement de ce mécanisme de rémunération de capacité sont traités aux paragraphes 14 à 16 de l'article 7undecies en projet. La délégation au Roi prévue à l'article 7duodecies, § 1^{er}, en projet, concernant (entre autres) les modalités nécessaires à l'organisation de la mise aux enchères, ne semble pas, en outre, suffisante pour déterminer les modalités du contrôle et du financement. Par ailleurs, l'article 23, alinéa 2 (lire : § 2, alinéa 2), 4^obis, en projet, de la loi sur l'électricité (article 9 de l'avant-projet) charge la CREG uniquement de surveiller et de contrôler les échanges commerciaux dans le mécanisme de rémunération de capacité, conformément à l'article 7undecies, § 14, en projet. Conformément aux articles 26, § 1^{er}ter, et 30bis, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité (articles 10 et 11 de l'avant-projet), la CREG ne se voit en outre conféré des pouvoirs d'investigation qu'en rapport avec l'article 7undecies, § 14, en projet.

À ce sujet, le délégué a répondu comme suit :

« Wat de toepasselijke controlemechanismen en controlebevoegdheden betreft, lijkt het inderdaad opportuun om in de artikelen 9, 10 en 11 van het wetsontwerp een verwijzing naar artikel 7duodecies toe te voegen. Verder zal de verwijzing in artikel 7duodecies, §2, naar de paragrafen 2-13 inderdaad uitgebreid worden tot een verwijzing naar de paragrafen 2-14. In artikel 9, 10 en 11 moet de huidige verwijzing naar artikel 7undecies, §14, vervangen worden door de verwijzing naar artikel 7undecies, §13 (dit betreft een materiële vergissing (...)).

¹⁴ Conformément à l'article 2, 79°, de la loi sur l'électricité, il s'agit du prix maximal des offres admis dans la mise aux enchères et/ou la rémunération maximale de la capacité obtenue par des fournisseurs de capacité au terme de la mise aux enchères.

De financiering van het mechanisme van de directe veiling wordt rechtstreeks voorzien in §15 van artikel 7*undecies*, waar dit bepaalt :

‘§ 15. De opdrachten waarmee de netbeheerder krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling *en in voorkomend geval, de opdrachten bedoeld in afdeling 3*, wordt belast, maken openbare dienstverplichtingen uit waarvan de kosten overeenkomstig artikel 12, § 5, 11°, worden verrekend in de tarieven, na aftrek van de eventuele inkomsten gegenereerd krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling *en bedoeld in afdeling 3* en onverminderd de regels inzake toewijzing van specifieke inkomsten bedoeld in artikel 26, lid 9, van de Verordening (EU) 2019/943, en rekening houdend met de tariefmethodologie die werd opgesteld door de commissie krachtens artikel 12, § 5. (...) In afwachting van de toepassing van het in lid 1 bedoelde tarief, worden de kosten die de netbeheerder in verband met zijn verplichtingen uit hoofde van dit artikel *en, in voorkomend geval, afdeling 3* maakt, gedekt door de in artikel 7*octies* bedoelde tarief voor de openbare dienstverplichting ».

Concernant les pouvoirs de contrôle, on peut se rallier à la proposition du délégué.

S’agissant du mécanisme de financement, mieux vaudrait que l’article 7*duodecies* en projet renvoie aussi expressément au paragraphe 15 de l’article 7*undecies* en projet.

9. Bien que l’article 7*undecies*, § 12, alinéa 2, 2°, b), en projet, de la loi sur l’électricité (article 4 de l’avant-projet) renvoie au respect des limites en matière d’émissions de CO₂ visées à l’article 22, paragraphe 4, du règlement (UE) 2019/943, la question se pose néanmoins de savoir si les émissions supplémentaires de gaz à effet de serre susceptibles d’être générées par le régime en projet peuvent s’inscrire dans les quotas d’émissions fixés pour la Belgique dans l’annexe I de la décision d’exécution (UE) 2020/2126 de la Commission du 16 décembre 2020 ‘relative à la fixation des quotas annuels d’émission des États membres pour la période 2021-2030 en application du règlement (UE) 2018/842 du Parlement européen et du Conseil’. Cette question se pose d’autant plus que l’analyse d’impact préalable de la réglementation du 19 novembre 2020 indique qu’il n’y a pas d’impact en ce qui concerne des thèmes tels que le changement climatique, l’air intérieur et extérieur, la biodiversité et les nuisances.

Le délégué a répondu ce qui suit à ce sujet :

« Voorafgaandelijk wensen wij mee te geven dat de regeling niet specifiek een investeringskader creëert voor nieuwe gascentrales: het capaciteitsremuneratiemechanisme is technologie-neutraal (en dient dit te zijn) volgens de Europese staatssteunregels. Zo bepaalt artikel 22, lid 1 van de Elektriciteitsverordening 2019/943: ‘Capaciteitsmechanismen (...) staan open voor deelname van alle hulpbronnen die de vereiste technische prestaties kunnen verstrekken, met inbegrip van energieopslag en vraagzijdebeheer’. Ook batterijen, vraagzijdebeheer, bestaande thermische centrales en warmtekrachtcentrales, ... komen in aanmerking voor steun onder het ontworpen systeem. Verder werd inderdaad in de RIA-analyse geen nadere toelichting gegeven bij de keuze ‘Geen impact’, het formulier liet dit niet toe. De reden waarom ‘Geen impact’ werd gekozen is het gegeven dat de CO₂-emissies van de energiesector beheerst worden door het Europese ETS (Emissions Trading System). Dit zogenaamde ‘cap-and-trade’ systeem

houdt in dat de totale emissies (voor de sectoren onder dit systeem) op Europees niveau worden bepaald via een ingestelde limiet of 'cap', dewelke gradueel daalt. Binnen de cap kunnen installaties die onder dit systeem vallen onderling rechten wisselen (het 'trade' gedeelte). Elke installatie die onder dit systeem valt dient jaarlijks voldoende emissierechten in te dienen om zijn respectievelijke uitstoot af te dekken. Indien een bedrijf zijn emissies heeft doen dalen, kan het de overblijvende emissierechten verkopen aan anderen. Op deze manier gebeurt de emissiereductie op Europees niveau en op een zo kostenefficiënt mogelijke manier. Een nieuwe gascentrale in België, die efficiënter is en bijgevolg minder CO₂ uitstoot dan oudere gascentrales of kolencentrales, zal een minder efficiënte eenheid elders in de Europese Unie verdringen.

(...)

Verordening (EU) 2018/842 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 bepaalt het volgende in artikel 2 'Toepassingsgebied':

'1. Deze verordening is van toepassing op de broeikasgasemissies van de IPCC-roncategorïeën energie, industriële processen en gebruik van producten, landbouw en afval zoals bepaald in het kader van Verordening (EU) nr. 525/2013, *met uitzondering van de broeikasgasemissies afkomstig van de activiteiten die zijn opgenomen in bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG*.

2. De onderhavige verordening is, onverminderd artikel 7 en artikel 9, lid 2, ervan, niet van toepassing op broeikasgasemissies en -verwijderingen die onder Verordening (EU) 2018/841 vallen.

3. Voor de toepassing van deze verordening worden CO₂-emissies van IPCC-broncategorie '1.A.3.A burgerluchtvaart' als gelijk aan nul beschouwd.'

De productie van energie met verbrandingsinstallaties met een nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW valt onder bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG (onder het Europese ETS-systeem) ».

10. Un certain nombre de problèmes juridiques potentiels présents dans l'avant-projet n'ont pas été examinés plus avant par le Conseil d'État, et ce pour les motifs suivants.

10.1. La Commission européenne a identifié un certain nombre d'inégalités de traitement à la lumière de l'appréciation de la compatibilité du régime en projet avec les règles relatives aux aides d'État¹⁵. L'une de ces inégalités de traitement, à savoir l'utilisation de plafonds de prix intermédiaires, est en partie atténuée dans l'avant-projet par la possibilité pour la CREG de permettre en la matière des exceptions individuelles dans le cadre défini par le Roi (article 7*undecies*, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité). D'autres inégalités, telles que le fait de dissuader la participation de technologies intermittentes ayant d'importants facteurs de réduction¹⁶, semblent par ailleurs inhérentes à la réglementation en projet. Compte tenu du lien de connexité étroit avec l'examen relatif aux aides d'État, qui revient exclusivement à la Commission européenne, sous le contrôle de la Cour de Justice, le Conseil d'État n'adopte pas de point de vue sur ce point.

¹⁵ Décision de la Commission du 21 septembre 2020, « Aide d'État SA.54915 (2019/N) – Mécanisme de rémunération de la capacité », J.O. 2020, C 346/27, considérants 221 à 227.

¹⁶ *Ibid.*, considérants 209 et 210.

10.2. La même observation vaut pour l'appréciation de la compatibilité du régime en projet avec les articles 22 et 24 du règlement (UE) 2019/943, qui dépend de la véracité des scénarios sur la base desquels le manque de capacité est estimé ¹⁷. Le Conseil ne dispose pas de la connaissance ni de l'expertise requises pour réaliser cette appréciation, de sorte que celle-ci est encore une fois laissée à la Commission européenne.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

11. Les adaptations qu'apporte l'article 2, 3° et 4°, de l'avant-projet aux définitions de « capacité étrangère indirecte » et « capacité étrangère directe » à l'article 2, 85° et 86°, de la loi sur l'électricité ont pour conséquence que la capacité en provenance du Royaume Uni (qui n'est plus un État membre de l'Union européenne limitrophe) n'est pas prise en considération pour l'application du mécanisme de rémunération de la capacité, et ce malgré l'existence d'une liaison physique avec le réseau d'électricité britannique. L'électricité devant être considérée comme un bien commercialisable, la question se pose de savoir si cette exclusion du Royaume Uni se concilie avec le droit de l'OMC, le Traité sur la Charte européenne de l'énergie et avec l'accord de commerce et de coopération entre le Royaume Uni et l'Union européenne.

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

« De Elektriciteitsverordening 2019/943 bepaalt in artikel 26, lid 1 uitdrukkelijk dat capaciteitsmechanismen open staan voor rechtstreekse grensoverschrijdende deelname door capaciteitsaanbieders in een andere lidstaat. Over derde landen worden geen regels opgenomen.

In de Draft EU-UK Trade and Cooperation Agreement, gepubliceerd op de website van de Europese Commissie, wordt het volgende voorzien [in artikel ENER.6]:

‘3. Each Party shall ensure that any capacity mechanism in electricity markets is clearly defined, transparent, proportionate and non-discriminatory. Neither Party is required to permit capacity situated in the territory of the other Party to participate in any capacity mechanism in its electricity markets.’

Overeenkomstig artikel 26, lid 11 van de Verordening zal een methodologie rond grensoverschrijdende deelname goedgekeurd worden door ACER; deze werd op heden nog niet gepubliceerd.

Eens het finale handelsakkoord en de methodologie vanwege ACER beschikbaar zijn zullen deze geverifieerd worden om te bepalen of wijzigingen aan de regeling voorzien in het wetsontwerp nodig zijn, op vandaag lijkt dit echter niet het geval ».

En effet, la disposition expresse inscrite à l'article ENER.6 ¹⁸ de l'accord de commerce et de coopération semble impliquer que le Royaume Uni peut être exclu du champ d'application du mécanisme de rémunération de capacité en projet. Dès lors que cet élément

¹⁷ *Ibid.*, considérants 237 à 245.

¹⁸ Cette numérotation est une numérotation provisoire du projet de texte de l'accord.

concerne un aspect de la politique commerciale de l'UE, qui constitue une compétence exclusive de l'Union¹⁹, mieux vaut se concerter avec la Commission européenne à ce sujet. En effet, l'électricité relève également des biens pour ce qui est de l'application du droit de l'OMC²⁰. En outre, l'article GOODS.10²¹ de l'accord de commerce et de coopération instaure à l'égard des biens une interdiction de principe quant à des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation et se réfère à l'article XI du GATT 1994. La question de la compatibilité au regard de l'article III, paragraphe 1, du GATT 1994 et de l'existence d'une justification sous l'article XX du GATT 1994 se pose également.

Article 4

12. La question se pose de savoir s'il faut déduire de la référence que fait l'article 7*undecies*, § 6, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité (article 4 de l'avant-projet) aux délais visés à l'article 4 du règlement (UE) 2015/1589²² qu'il y a lieu de procéder, pour chacune des mises aux enchères, à une nouvelle notification à la Commission européenne. En effet, si seul l'examen en cours est visé, cette référence n'est pas pertinente, vu que ces délais concernent un examen préliminaire, alors que la Commission a décidé par décision SA.54915 (2019/N) de procéder à une enquête approfondie. Il en irait autrement si, indépendamment de la notification de l'ensemble, il fallait une nouvelle fois procéder à une notification pour chacune des mises aux enchères.

À ce sujet, le délégué a répondu comme suit :

« Er wordt inderdaad enkel bedoeld op het lopende onderzoek, er zal niet bij elke veiling een nieuwe aanmelding gebeuren. De (on)verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt wordt volgens het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie steeds beoordeeld volgens het artikel 107. Het klopt dat de verwijzing naar het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, inmiddels niet meer relevant is gezien een formele onderzoeksprocedure geopend werd. O.i. kan de tekst als volgt worden aangepast :

‘De minister heft de instructie bedoeld in het eerste lid op binnen tien dagen vanaf de ontvangst vanwege de Europese Commissie van haar beslissing dat de steunmaatregelen bedoeld in deze afdeling onverenigbare staatssteun vormen in de zin van artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die opheffing impliceert het verbod tot organisatie van een prekwalificatieprocedure en / of van een veiling in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme of hun onmiddellijke annulering.

¹⁹ Article 3, paragraphe 1, e), TFUE.

²⁰ T. COTTIER, G. MALUMFASHI, S. MATTEOTTI-BERKUTOVA, O. NARTOVA, J. DE SÉPIBUS en S.Z. BIGDELI, *Energy in WTO law and policy*, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_7may10_e.pdf, 3-4.

²¹ Cette numérotation est une numérotation provisoire du projet de texte de l'accord.

²² Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 ‘portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne’.

In ieder geval sluit de netbeheerder slechts capaciteitscontracten bedoeld in paragraaf 11, waarin het recht op de capaciteitsvergoeding wordt verleend, na de ontvangst door de Belgische Staat van de beslissing van de Europese Commissie volgens dewelke de steunmaatregelen bedoeld in deze afdeling geen onverenigbare staatssteun vormen in de zin van artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, ~~of na het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.~~ Ten laatste tien werkdagen na ontvangst van voornoemde beslissing van de Europese Commissie in het kader van artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, ~~of na het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van Verordening (EU) 2015/1589,~~ laat de minister in het Belgisch Staatsblad een bericht publiceren met een samenvatting en verwijzing naar voornoemde beslissing van de Europese Commissie of waarbij dat bericht het verstrijken van voornoemde termijn vaststelt' ».

On peut se rallier à ces adaptations à la condition d'omettre dans la dernière phrase le segment « of waarbij dat bericht het verstrijken van voornoemde termijn vaststelt » (« ou indiquant l'expiration du délai précité »).

13. L'article 7undecies, § 7, alinéas 3 et 4, en projet, de la loi sur l'électricité fait mention d'une confirmation par arrêté royal de l'estimation unique et du coût qu'un nouvel entrant doit couvrir²³ qu'établit la Direction générale de l'Énergie. Si l'intention est d'instaurer une tutelle d'approbation, mieux vaut préciser que l'estimation unique et le coût qu'un nouvel entrant doit couvrir sont *approuvés* par un arrêté royal. Par contre, si l'objectif est de conférer à ces deux textes la valeur juridique d'un arrêté royal, mieux vaut énoncer qu'ils doivent être reproduits dans un arrêté royal.

14. Conformément à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, de la loi sur l'électricité, les conditions et les modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification sont fixées par le Roi « préalablement à la première année de fourniture de capacité ». La question se pose de savoir pourquoi les détenteurs de capacité étrangère indirecte sont ainsi privés de la possibilité de participer à la procédure de préqualification ainsi qu'aux mises aux enchères ponctuelles précédant la première mise aux enchères qui a lieu quatre ans avant la période de fourniture de capacité²⁴⁻²⁵. L'exposé des motifs y donne la justification suivante :

« En ce qui concerne les capacités étrangères indirectes, il est jugé que la possibilité de contrats pluriannuels ne peut pas être prévue. En effet, la disponibilité à long terme pour le réseau belge ne peut pas être garantie : ceci ne dépend pas seulement du niveau de l'interconnexion et de sa disponibilité mais également du risque de stress du système simultané avec les pays voisins. Ces risques peuvent varier considérablement au

²³ Dans le texte français de l'alinéa 4, en projet, on écrira : « le coût qu'un nouvel entrant *doit couvrir* ».

²⁴ En effet, voir l'article 7undecies, § 10, en projet, de la loi sur l'électricité, de même que la référence à cette disposition dans l'article 7duodecies, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité.

²⁵ Voir, à ce sujet, également les observations 8.1 à 8.3 de l'avis 65.181/3 précité.

fil du temps, en fonction de l'adéquation et de la situation du marché dans les pays voisins. Ceci pourrait avoir pour conséquence qu'un risque pour la suffisance se crée en comptant sur des contributions transfrontalières annuelles fixes. Comme l'incertitude pour une période de cinq ans (c'est-à-dire pour calibrer quatre ans à l'avance la capacité d'accès maximale pour la mise aux enchères) est déjà considérable, il serait imprudent de prévoir ceci également pour des périodes plus longues et de contracter ».

Si cette justification ne semble pas déraisonnable, elle mériterait néanmoins d'être complétée sur le point de l'exclusion à prendre part aux mises aux enchères ponctuelles.

15. Il n'est pas exclu que les propriétaires d'interconnexions participent aux mises aux enchères en tant que détenteur de capacité, et ce 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.

Lorsque cette question avait été soumise au délégué dans la demande d'avis 65.181/3, ce dernier avait alors déclaré à ce sujet 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 ».

Reste à savoir si les problèmes évoqués ci-dessus concernant des conflits d’intérêt peuvent être résolus par les dispositions procurant un fondement juridique, invoquées en son temps par le délégué (dont une version équivalente figure dans l’avant-projet à l’examen). Il est conseillé de compléter l’article 7undecies, en projet, par des dispositions permettant de lutter de manière structurelle contre pareille situation de conflits d’intérêts, à savoir en disposant que lorsque pareille situation se présente, c’est un autre organisme, comme la CREG par exemple, qui sera responsable de l’organisation, du suivi et du contrôle de la procédure d’appel d’offres.

16. L’article 7undecies, § 9, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l’électricité fait référence aux critères fixés en vertu de son alinéa 5, alors qu’il s’agit des critères de recevabilité pour la préqualification visée au paragraphe 8. La référence doit y être adaptée. En outre, on écrira dans le texte néerlandais « ontvankelijkheidscriteria » et dans le texte français « critères de recevabilité ».

17. Conformément à l’article 7undecies, § 10, 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 « à condition de le notifier au gestionnaire du réseau au plus tard le 25 septembre de l’année civile concernée ». La question se pose 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.

Lorsque cette question avait été soumise au délégué dans la demande d’avis 65.181/3, sa réponse fut la suivante :

« De deelname aan de prekwalificatie is overeenkomstig artikel 7undecies [§ 8, tweede lid] 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 referentieprijz 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 prekwalificatie- 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, pas plus que ne le permet l'avant-projet à l'examen. Il conviendrait soit de régler ce point dans le texte même, soit de prévoir une délégation au Roi lui permettant de régler la question.

18. Le point 4.1 de l'exposé des motifs indique qu'il faut éviter la situation « où seulement après la mise aux enchères, il s'avère que pour une certaine capacité il n'est pas possible d'octroyer une autorisation mais qu'entretemps, cette capacité a pu participer à la mise aux enchères ou fait même l'objet d'un contrat de capacité ». L'article 7undecies, § 8, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité y répond pour partie en exigeant que le détenteur de capacité qui introduit une demande pour une capacité future, introduise d'emblée également une demande d'autorisation de production. Il semble toutefois pertinent d'ensuite prévoir aussi l'exigence de devoir disposer d'une autorisation de production avant de pouvoir effectivement participer à la mise aux enchères.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Wij kunnen hier verduidelijken dat de ontvankelijkheidscriteria worden vastgelegd in artikel 7undecies, §8, (deze betreffen het recht tot deelname aan de prekwalificatieprocedure). De prekwalificatiecriteria (deze betreffen het recht tot deelname aan de daaropvolgende veiling) worden op hun beurt bepaald overeenkomstig artikel 7undecies, §12, 2°. In het artikel 7undecies, §12, 2° schrijft de wetgever enerzijds voor dat de netbeheerder die prekwalificatiecriteria bepaalt in de CRM-werkingsregels (dewelke worden goedgekeurd door de regulator) en anderzijds dat minstens de aldaar gedefinieerde prekwalificatiecriteria moeten worden toegepast, i.e. a) en b). Onder bepaling a) wordt vereist dat men over een productievergunning beschikt voorafgaand aan de uiterste indieningsdatum van de veiling indien men krachtens artikel 4 van de Elektriciteitswet vergunningsplichtig is. Het komt aan de netbeheerder toe om te verifiëren of aan dat prekwalificatiecriterium is voldaan.

Artikel 7undecies, § 12, tweede lid, 2° luidt als volgt:

'2° de criteria en modaliteiten inzake prekwalificatie op grond waarvan het recht wordt verleend tot deelname aan de veiling bedoeld in paragraaf 10 en aan de secundaire markt. In ieder geval gelden de volgende criteria als prekwalificatiecriteria:

a) indien de beoogde investering een activiteit impliceert waarvoor een vergunningsplicht geldt krachtens artikel 4, § 1, beschikt de indiener van het prekwalificatiedossier over een productievergunning bedoeld in artikel 4 uiterlijk twintig dagen voorafgaand aan de uiterste indieningsdatum van de biedingen in het kader van de veiling bedoeld in paragraaf 10;'

De verwijzingen naar paragraaf 10 kunnen ons inziens worden weggelaten ».

Confier au gestionnaire de réseau le soin de fixer les règles de fonctionnement et en même temps déjà traiter, dans cette délégation, certaines obligations devant être insérées dans ces règles de fonctionnement, comme tel est le cas dans l'article 7*undecies*, § 12, alinéa 2, 2°, en projet, n'a pas beaucoup de sens. L'avant-projet gagnerait en transparence s'il énonçait d'ores et déjà lesdites obligations en son article 7*undecies*, § 10, alinéa 2, en projet, qui comporte les obligations auxquelles doivent satisfaire les détenteurs de capacité pour pouvoir participer à la mise aux enchères.

Article 6

19. En l'occurrence, les références que fait l'article 7*duodecies*, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, en projet, de la loi sur l'électricité (article 6 de l'avant-projet) au résultat de l'évaluation de la compatibilité avec les règles en matière d'aides d'État ainsi qu'à l'expiration des délais visés à l'article 4 du règlement (UE) 2015/1589 s'avèrent assurément pertinentes contrairement à ce qu'indique, à propos de ces mêmes délais, l'observation 12 relative à l'article 7*undecies*, § 6, alinéa 4, en projet. En effet, concernant la notification des aides d'État dans le cadre de l'organisation de mises aux enchères ponctuelles, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Er is op heden geen dossier voor een gerichte veiling. Indien hiertoe besloten zou worden, zal dit inderdaad vooraf afzonderlijk worden aangemeld bij de Europese Commissie (...) ».

Le délégué a ensuite confirmé qu'il sera, dans ce cas, également procédé à une notification à la Commission conformément au règlement (UE) 2019/943.

20. L'article 7*duodecies*, § 2, en projet, dispose que « [s]i la mise aux enchères ponctuelle est organisée avant l'instauration complète du mécanisme de rémunération de capacité prévus à l'article 7*undecies*, §§ 2 à 13, cette mise aux enchères constitue une mise en œuvre partielle devant être complétée par l'organisation de mises aux enchères additionnelles permettant d'atteindre la totalité du volume de capacité nécessaire ». Invité à expliquer la portée de cette disposition, le délégué a répondu ce qui suit :

« Men beoogt hiermee te verduidelijken dat, indien een gerichte veiling plaatsvindt in afwachting van de volledige invoering van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, dit zal beperkt worden tot het strikt noodzakelijke. Bij een 'gerichte' veiling wordt namelijk verondersteld dat van een aantal basisprincipes zou worden afgeweken, met name dat het moet gaan om een technologie-neutraal systeem dat open staat zowel voor nieuwe als voor bestaande capaciteiten. Vandaar dat een beperking tot het strikt noodzakelijke opportuun wordt geacht; dit kan inderdaad strikt noodzakelijk in termen van contractduur betreffen, alsook strikt noodzakelijk in termen van beoogde capaciteit op een welbepaald aantal jaren voorafgaand aan de periode van capaciteitslevering ».

Mieux vaut préciser la nature de ces limitations dans la disposition en projet elle-même ou, à tout le moins, dans l'exposé des motifs, eu égard notamment aux conséquences éventuelles des dérogations évoquées par le délégué à l'égard de la libre concurrence entre les détenteurs potentiels de capacité de production.

21. Si des mises aux enchères ponctuelles sont organisées avant l'entrée en vigueur du mécanisme de capacité, la question se pose en outre de savoir comment elles vont s'articuler avec le système existant de la réserve stratégique. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De goedkeuring vanwege de Europese Commissie voor de strategische reserve geldt slechts tot de winter van 2021-2022 (eindigend op 31 maart 2022). Indien een verlenging van dit mechanisme beoogd wordt, zal deze bij de Europese Commissie aangemeld dienen te worden in het kader van staatssteun (naar alle verwachting als een wijziging van Hoofdstuk IIbis, Afdeling I van de Elektriciteitswet). Het capaciteitsvergoedingsmechanisme zal pas capaciteit verzekeren vanaf 2025. In het geval de minister vaststelt dat de implementatie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme niet binnen een redelijke en gepaste termijn kan gerealiseerd worden en/of vaststelt dat een manifest risico voor de bevoorradingszekerheid van de Belgische regelzone bestaat in de periode voor 2025, voorziet het wetsontwerp in de mogelijkheid van een gerichte veiling. Zoals hierboven aangegeven is er op heden geen dossier voor een gerichte veiling, noch is er op heden een dossier voor de verlenging van de strategische reserve. Indien tot een van beide opties zou worden besloten, zal dit vooraf worden aangemeld bij de Europese Commissie ».

Compte tenu du calendrier évoqué par le délégué et de l'obligation de procéder, dans tous les cas, à une notification préalable auprès de la Commission européenne, il semble que l'on puisse exclure tout risque d'interférence entre les mises aux enchères ponctuelles et le régime d'aide existant dans le cadre de la réserve stratégique.

Article 8

22. En l'occurrence, les références que fait l'article 7*terdecies*, alinéa 3 et 4, en projet, de la loi sur l'électricité (article 8 de l'avant-projet) au résultat de l'appréciation de la compatibilité avec les règles en matière d'aides d'État et à l'expiration des délais visés à l'article 4 du règlement (UE) 2015/1589, s'avèrent assurément pertinentes, contrairement à ce qu'indique à l'égard de ces délais l'observation 12 relative à l'article 7*undecies*, § 6, alinéa 4, en projet. En effet, il ne fait, en l'espèce, aucun doute qu'une nouvelle notification préalable auprès de la Commission européenne sera requise, dès lors que la nature des mesures envisagées est inconnue.

Article 9

23. Dans la phrase liminaire de l'article 9 de l'avant-projet, on écrira « article 23, § 2, alinéa 2 » au lieu de « article 23, alinéa 2 ».

Articles 10 et 11

24. Le délégué a confirmé que les articles 26, § 1^{er}*ter*, alinéa 1^{er}, et 30*bis*, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité (articles 10 et 11 de l'avant-projet) doivent chaque fois viser l'article 7*undecies*, § 13 (et non : § 14).

Article 12

25. L'abrogation de la section 5 du chapitre II (lire : *Ibis*) de la loi sur l'électricité par l'article 12 de l'avant-projet emportant également celle de l'article 7*quaterdecies*, qui constitue l'unique article de cette section, mieux vaut omettre la référence qui est faite audit article.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH