RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.015/3
van 14 april 2021

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot bepaling van de nadere regels voor het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedings-mechanisme door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 69.015/3
du 14 avril 2021

sur

un projet d’arrêté royal ‘déterminant des modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité par la commission de régulation de l’électricité et du gaz’

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Op 12 maart 2021 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 ontwerp van koninklijk besluit 'tot bepaling van de nadere regels voor het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 april 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Koen MUYLLE, staatsraden, 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 Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 april 2021.

*

Le 12 mars 2021, 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 projet d'arrêté royal 'déterminant des modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité par la commission de régulation de l'électricité et du gaz'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 6 avril 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Chantal BAMPS et Koen MUYLLE, conseillers d'État, 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 Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 avril 2021.

*

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

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 het onderzoek toegespitst op de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de nadere regels te bepalen voor het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: het CRM), bedoeld in artikel 7*undecies*, § 13, van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' (hierna: de Elektriciteitswet).

2.2. Hoofdstuk I van het ontwerp bevat enkele definities (artikel 1).

2.3. Hoofdstuk II bevat algemene bepalingen. Artikel 2 omschrijft de wettelijke toezichtsopdracht van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: de CREG) in het kader van het CRM. Artikel 3 verduidelijkt dat de CREG haar opdracht vervult overeenkomstig de artikelen 7*undecies*, § 13, 23*bis*, 26, §1*ter*, en 31 van de Elektriciteitswet.

2.4. Hoofdstuk III bevat de nadere regelen met betrekking tot de controle.

Afdeling 1 bevat de procedure voor de aanstelling van een Auditor van de capaciteitsmarkt, die in naam en voor rekening van de CREG onderzoekstaken kan uitvoeren onder toezicht van de CREG (artikel 4).

Afdeling 2 omschrijft de verplichtingen van de Auditor (artikel 5).

Afdeling 3 omschrijft de opdrachten van de Auditor. Hij stelt binnen de vijf werkdagen na de afsluiting van een pre-veiling (artikel 6), een prekwalificatieprocedure (artikel 7) en een veiling (artikel 8) een analyseverslag op. Indien hij vermoedens heeft van onregelmatigheden bij transacties op de secundaire markt stelt hij binnen de vijf werkdagen na de goedkeuring van de transactie door de netbeheerder een *ad hoc* verslag op (artikel 9). Wanneer hij vermoedens heeft van concurrentieverstorend gedrag, oneerlijke handelspraktijken of marktmanipulatie, stelt hij zo snel mogelijk een *ad hoc* verslag op (artikel 10). Ten slotte bezorgt de Auditor op eigen initiatief of op verzoek van de CREG een verslag over een mogelijke miskenning van de bepalingen van de Elektriciteitswet, de uitvoeringsbesluiten en de werkingsregels in verband met de toezichtsopdracht van de CREG met toepassing van artikel 7*undecies*, § 13, van de Elektriciteitswet (artikel 11).

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Afdeling 4 omschrijft de verplichtingen van de netbeheerder in het kader van het toezicht. De netbeheerder moet alle redelijke maatregelen nemen teneinde de uitoefening van de opdrachten van de CREG en de Auditor te faciliteren (artikel 12). In het bijzonder moet de netbeheerder toegang verlenen tot zijn kantoorruimten waarin de pre-veilingen en veilingen worden georganiseerd, volgens de nadere regels die door hem in overleg met de CREG worden vastgesteld (artikel 13). Artikel 14 regelt het verlenen door de netbeheerder van toegang tot de gebruikte informaticaplatformen en software. Artikel 15 verplicht de netbeheerder om binnen de vastgestelde termijn gevolg te geven aan vragen om informatie of om een kopie van bepaalde gegevens.

Afdeling 5 regelt de verplichte medewerking van andere actoren. Artikel 16 verplicht iedere capaciteitshouder of capaciteitsleverancier om aan de CREG of de Auditor, op hun verzoek, gratis en binnen een passende termijn van minstens tien werkdagen alle informatie ter beschikking te stellen, onder voorbehoud van een verplichting tot vertrouwelijkheid tegenover een derde partij.

Afdeling 6 regelt een aantal bevoegdheden van de CREG. De CREG heeft de mogelijkheid om, indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die desgevallend uit de verslagen blijken, de netbeheerder te verplichten om de pre-veiling (artikel 17), het onderzoek van de prekwalificatiedossiers (artikel 18), of de veiling (artikel 19) te herdoen, of een transactie op de secundaire markt te annuleren (artikel 20), onverminderd de sancties die krachtens de Elektriciteitswet kunnen worden opgelegd (artikel 21). Artikel 22 bevat nadere regels voor het geval de CREG een plaatsbezoek wil afleggen op basis van artikel 26, §1*ter*, van de Elektriciteitswet. Artikel 23 voorziet in de bekendmaking van de voornoemde beslissingen – en eventueel de verslagen waarop ze zijn gebaseerd – op de website van de CREG, weliswaar nadat de netbeheerder de kans heeft gekregen om de vertrouwelijke passages aan te duiden.

2.5. Hoofdstuk V (lees: IV) bevat slotbepalingen. Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 24). Artikel 25 bevat een uitvoeringsbepaling.

RECHTSGROND

3.1. Voor het ontwerp kan vooreerst rechtsgrond worden gevonden in artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet. Luidens die bepaling wordt het toezicht op de goede werking van het CRM, met uitzondering van het toezicht op de naleving van de verplichtingen bedoeld in paragraaf 14 van dat artikel, toevertrouwd aan de CREG, die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij de Elektriciteitswet zijn toegekend. In dit verband gaat de CREG na of de prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken. De Koning kan, na advies van de CREG, de nadere regels van deze controle bepalen, in het bijzonder de nadere regels die de CREG in staat stellen een persoon aan te wijzen die in zijn naam en voor zijn rekening taken op het gebied van toezicht en rapportering uitvoert.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Voorts kan een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), in samenhang gelezen met artikel 7*undecies*, § 13, van de Elektriciteitswet.

3.2. Voor zover het toezicht door de CREG ook betrekking heeft op pre-veilingen, kan, wat betreft de rechtsgrond ervoor, worden verwezen naar hetgeen in dat verband is opgemerkt in advies 69.013/3, dat heden eveneens wordt uitgebracht over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, wat betreft de voorwaarden en modaliteiten waaronder houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme' (opmerkingen 4.2.1 en 4.2.2).

3.3. De artikelen 17 tot 20 van het ontwerp behoeven nog een nader onderzoek in het licht van de ingeroepen rechtsgrond. Die artikelen voorzien erin dat de CREG de netbeheerder kan verplichten om een nieuwe pre-veiling te organiseren (artikel 17), de betrokken prekwalificatiedossiers opnieuw te onderzoeken (artikel 18), een nieuwe veiling te organiseren (artikel 19) of een bepaalde transactie te annuleren (artikel 20). Gevraagd naar de precieze rechtsgrond voor deze specifieke controlemaatregelen, antwoordde de gemachtigde het volgende:

> "In artikel 7*undecies*, § 13, wordt onder meer vermeld:
>
> > 'Met uitzondering van het toezicht op de naleving van de verplichtingen bedoeld in paragraaf 14, wordt het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme toevertrouwd aan de commissie, die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij deze wet zijn toegekend. In dit verband gaat de commissie met name na of de prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken. Onverminderd de leden 2 tot en met 5, kan de Koning, na advies van de commissie, de nadere regels van deze controle bepalen, in het bijzonder de nadere regels die de commissie in staat stellen een persoon aan te wijzen die in zijn naam en voor zijn rekening taken op het gebied van toezicht en rapportering uitvoert.'
>
> En in artikel 7*undecies*, § 10, eerste lid:
>
> > 'Indien de commissie op grond van haar toezichthoudende bevoegdheden overeenkomstig paragraaf 13 de veiling annuleert, organiseert de netbeheerder een nieuwe veiling, waarvoor ten laatste op 30 november de resultaten van de veiling worden gepubliceerd op de website van de netbeheerder.'
>
> Aangezien de wet voorziet dat de commissie op grond van haar toezichthoudende bevoegdheden overeenkomstig paragraaf 13 een veiling kan annuleren, is het redelijk dat zij ook de minder ingrijpende acties in de capaciteitsmarkt kan annuleren. Het artikel 7*undecies*, §13 voorziet verder dat de nadere modaliteiten kunnen worden bepaald door de Koning."

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

3.3.1. Aangezien in artikel 7*undecies*, § 10, eerste lid, van de Elektriciteitswet uitdrukkelijk wordt verwezen naar de mogelijkheid voor de CREG om op basis van haar controlebevoegdheid een veiling te annuleren, kan worden aangenomen dat die mogelijkheid eveneens bestaat met betrekking tot onregelmatigheden die zich voorafgaand aan een veiling hebben voorgedaan naar aanleiding van een pre-veiling of een prekwalificatie. Voor de artikelen 17, 18 en 19 van het ontwerp kan bijgevolg rechtsgrond worden ontleend aan de in opmerking 3.1 vermelde bepalingen, waarbij dan de algemene uitvoeringsbevoegdheid eveneens moet worden gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, § 10, eerste lid, van de Elektriciteitswet. Van laatstgenoemde bepaling moet dan eveneens melding worden gemaakt in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp.

3.3.2. Vraag is echter of dezelfde rechtsgrondbepalingen ook kunnen worden ingeroepen met betrekking tot de mogelijkheid tot annulering van transacties op de secundaire markt (artikel 20). De gemachtigde stelde dienaangaande het volgende:

> "De secundaire markt laat toe dat partijen die reeds geselecteerd zijn in de veiling en partijen die niet werden geselecteerd, onderling rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een capaciteitscontract, kunnen overdragen.
>
> Ter voorbeeld: een capaciteitsleverancier kon niet beschikbaar zijn op een bepaald moment waar hij dit wel diende te zijn, koopt de ontbrekende capaciteit aan van een andere capaciteitsleverancier die voor dat leveringsjaar niet werd geselecteerd in de veiling en dus een 'overschot' van capaciteit heeft voor dat moment.
>
> Waar de pre-veiling en prekwalificatie inderdaad kunnen gezien worden als preludes op de veiling, kan de secundaire markt gezien worden als een (zij het niet noodzakelijk) vervolg op de veiling. Ook om deel te nemen aan de secundaire markt, dient het proces van prekwalificatie te zijn doorlopen, cf. de definitie van 'capaciteitsleverancier':
>
> > 'iedere capaciteitshouder die is geselecteerd na beëindiging van een veiling of die, mits te zijn geprekwalificeerd, deelneemt aan de secundaire markt, die een capaciteit beschikbaar stelt tijdens de periode van capaciteitslevering, tegen een capaciteitsvergoeding;'
>
> Het artikel 7*undecies*, § 13, van de wet voorziet dat de commissie ook de transacties op de secundaire markt nagaat."

Vastgesteld moet worden dat het aanknopingspunt dat in de Elektriciteitswet voorhanden is voor het invoeren van de mogelijkheid tot het annuleren van een pre-veiling, een prekwalificatie of een veiling, op het eerste gezicht niet kan worden betrokken op de mogelijkheid tot het annuleren van een transactie op de secundaire markt, zodat een voorbehoud dient te worden gemaakt wat betreft het voorhanden zijn van een voldoende rechtsgrond voor artikel 20 van het ontwerp.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

VORMVEREISTEN

4.1. Artikel 14 van het ontwerp heeft betrekking op de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)', gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit', te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

In antwoord op de vraag om het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit verklaarde de gemachtigde dat de adviesaanvraag eerstdaags zal worden gevraagd.

Bijgevolg moet het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit nog worden ingewonnen.

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

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

5. Er dient over gewaakt te worden dat de bevoegdheden op het vlak van toezicht die de CREG rechtstreeks put uit de bepalingen van de Elektriciteitswet onverkort blijven gelden. De Koning kan, gebruik makend van de hem verleende machtiging in artikel 7*undecies*, § 13, van de Elektriciteitswet, nadere regels bepalen voor de uitoefening van die toezichtsbevoegdheden, maar vermag geen afbreuk te doen aan die bevoegdheden zelf. In dat verband dient onder meer de overeenstemming te worden onderzocht van artikel 13 van het ontwerp met artikel 30*bis*, § 3, van de Elektriciteitswet en van de artikelen 16 (wat betreft de termijn voor het ter beschikking stellen van informatie) en 22 (wat het plaatsbezoek betreft) van het ontwerp met artikel 26, § 1*ter*, van dezelfde wet.[1]

[1] Zie echter opmerking 11 bij artikel 22 van het ontwerp.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Artikel 2

6. Artikel 2 van het ontwerp bevat bepalingen die een overname of een parafrasering vormen van bepalingen in artikel 7*undecies*, § 13, van de Elektriciteitswet.

Bepalingen die enkel een hogere norm in herinnering brengen door die over te nemen of te parafraseren, horen in beginsel niet thuis in een uitvoeringsregeling, onder meer omdat daardoor onduidelijkheid dreigt te ontstaan omtrent de juridische aard van de overgenomen bepalingen en erdoor verkeerdelijk de indruk wordt gewekt dat de overgenomen regels kunnen worden gewijzigd door de overheid die de regels overneemt. Enkel wanneer het voor een goed begrip van de ontworpen regeling onontbeerlijk is dat bepalingen uit een hogere rechtsnorm worden overgenomen, kan dergelijke werkwijze worden gebillijkt, en dan enkel op voorwaarde dat de oorsprong van de betrokken regels wordt vermeld (door het aanbrengen van de vermelding "overeenkomstig artikel ... van de wet van ...") en dat de overname correct en letterlijk gebeurt om geen onduidelijkheid te doen ontstaan omtrent de juiste draagwijdte ervan.

Indien de stellers van het ontwerp deze – in beginsel overbodige – herhalingen wensen te behouden, moet bijgevolg de oorsprong van de betrokken regels worden vermeld.

Artikel 3

7. Artikel 3 van het ontwerp bepaalt dat de CREG haar opdracht om toe te zien op de goede werking van het CRM vervult, onverminderd de modaliteiten van de controle bedoeld in hoofdstuk III van het ontwerp, "volgens de bepalingen van de wet van 29 april 1999, met name de artikelen 7*undecies*, § 13, 23*bis*, 26, § 1*ter* en 31".

Artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet bepaalt onder meer dat het toezicht op de goede werking van het CRM wordt toevertrouwd aan de CREG, "die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij deze wet zijn toegekend".

Uit voornoemd artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet volgt dat de CREG bij haar toezicht over alle bevoegdheden beschikt die haar bij die wet zijn toegekend. Het is bijgevolg overbodig om die bevoegdheden in het ontwerp te expliciteren. Bovendien is in dat verband door de gemachtigde bevestigd dat in artikel 3 van het ontwerp nog zou moeten worden verwezen naar artikel 30*bis*, § 3, van de Elektriciteitswet, hetgeen wijst op de onvolledigheid van de in artikel 3 opgenomen opsomming. Het verdient dan ook aanbeveling om die bepaling uit het ontwerp weg te laten, aangezien ten onrechte de indruk zou worden gewekt dat zonder die bepaling de betrokken wetsbepalingen niet van toepassing zouden zijn.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Artikel 4

8.1. Op de vraag of in het licht van de opmerkingen 11 en 12 van het advies van de CREG van 18 maart 2021 in artikel 4, § 1, van het ontwerp niet moet worden voorzien in ruimere voorwaarden inzake de onafhankelijkheid van de Auditor, inzonderheid ten aanzien van de netbeheerder en andere actoren die betrokken zijn bij het CRM, antwoordde de gemachtigde als volgt:

> "De opmerking werd tijdens de bespreking van het ontwerp Koninklijk Besluit niet gemaakt, maar rekening houdend met het opzet van de Auditor en de opmerking van de CREG, stellen we voor hieraan tegemoet te komen als volgt:
>
> > 'Om de controle zoals bedoeld in artikel 2 goed te kunnen uitvoeren, kan de commissie zich laten bijstaan door een Auditor van de capaciteitsmarkt, onafhankelijk van alle personen die direct of indirect deelnemen aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme alsook van de netbeheerder, aangesteld voor een periode van maximaal drie jaar. Hiertoe past de commissie de van kracht zijnde wetgeving betreffende de overheidsopdrachten toe.'"

Hiermee kan worden ingestemd.

8.2. Artikel 4, § 2, van het ontwerp bepaalt dat de CREG het bestek voor de aanstelling van de Auditor van de capaciteitsmarkt opstelt "[n]a overleg met de netbeheerder". Die voorwaarde is echter in strijd met artikel 57, lid 4, van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU' waarin wordt bepaald dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie waarborgen en ervoor zorgen dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. De voorwaarde dient bijgevolg te worden weggelaten.

Artikel 16

9. Onverminderd opmerking 5, rijst de vraag of de minimumtermijn van tien werkdagen die in artikel 16 van het ontwerp is bepaald, verenigbaar is met de termijn van vijf werkdagen die in de artikelen 6 tot 9 van het ontwerp is bepaald ten aanzien van de Auditor voor het opstellen van een verslag. Volgens de gemachtigde is het aangewezen om de termijn bepaald in artikel 16 in overeenstemming te brengen met die bepaald in artikel 26, § 1*ter*, van de Elektriciteitswet, waarin sprake is van een "redelijke termijn". Hiermee kan worden ingestemd.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Artikel 20

10. In tegenstelling tot de artikelen 17 tot 19 van het ontwerp, waarin telkens een beoordelingsmarge is voorzien in hoofde van de CREG ("een niet verwaarloosbare invloed … hebben"), bevat artikel 20 van het ontwerp, met betrekking tot transacties die als onregelmatig worden beschouwd, geen dergelijke beoordelingsmarge. De gemachtigde gaf hierbij de volgende verantwoording:

> "Voor het artikel 20 werd de beoordelingsmarge niet ingevoegd omdat het hier transacties betreft die geen impact hebben op de uitkomst (en dus maatschappelijke kost) van de veiling. De uitkomst van dergelijke transactie betreft in principe enkel de toestand van de betrokken marktpartijen. Bijgevolg, indien deze onregelmatig is, zal deze worden geannuleerd."

Onder voorbehoud van de opmerking die hiervoor is gemaakt over de rechtsgrond voor artikel 20, kan hiermee worden ingestemd.

Artikel 22

11. Artikel 22 van het ontwerp leidt ertoe dat de uitoefening van de bevoegdheden bedoeld in artikel 26, § 1*ter*, van de Elektriciteitswet aan andere regels zou worden onderworpen bij onderzoeken op grond van artikel 7*undecies*, § 13, van die wet dan bij onderzoeken op basis van de artikelen 3, 4 en 5 van verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 'betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie' of artikel 7*duodecies* van die wet, zonder dat er op het eerste gezicht een bijzondere reden is voor die differentiatie. De gemachtigde stelde in dat verband het volgende:

> "Het klopt dat, rekening houdend met het opgenomen artikel 26, §1ter in de wet, dit artikel 22 geen echte meerwaarde heeft. Deze bepaling neemt ten opzichte van het artikel 26, §1ter een aantal bijkomende specificaties op (tijdstip waarop bezoek zou plaatsvinden en op de hoogte stellen van de betrokkene)."

Aangezien de gemachtigde zelf erkent dat artikel 22 geen meerwaarde biedt, kan het beter uit het ontwerp worden weggelaten.

Hoofdstuk V

12. Hoofdstuk V moet worden vernummerd tot hoofdstuk IV.

*

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

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

*

PORTÉE DU PROJET

2.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de déterminer les modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : le CRM), visé à l'article 7*undecies*, § 13, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité).

2.2. Le chapitre Ier du projet comporte quelques définitions (article 1er).

2.3. Le chapitre II contient des dispositions générales. L'article 2 définit la mission légale de contrôle de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) dans le cadre du CRM. L'article 3 précise que la CREG exerce sa mission conformément aux articles 7*undecies*, § 13, 23*bis*, 26, § 1*ter*, et 31 de la loi sur l'électricité.

2.4. Le chapitre III règle les modalités du contrôle.

La section 1re règle la procédure de désignation d'un Auditeur du marché de capacité qui peut effectuer des missions d'examen au nom et pour le compte de la CREG, sous le contrôle de celle-ci (article 4).

La section 2 définit les obligations de l'Auditeur (article 5).

La section 3 définit les missions de l'Auditeur. Il rédige un rapport d'analyse dans les cinq jours ouvrables de la clôture d'une pré-enchère (article 6), d'une procédure de préqualification (article 7) et d'une mise aux enchères (article 8). En cas de soupçon d'irrégularité d'une transaction du marché secondaire, il rédige un rapport *ad hoc* dans les cinq jours ouvrables suivant l'approbation de la transaction par le gestionnaire du réseau (article 9). En cas de soupçon quant à l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, d'une pratique commerciale déloyale ou d'une manipulation du marché, il établit un rapport *ad hoc* dans les meilleurs délais (article 10). Enfin, l'Auditeur transmet, d'initiative ou à la demande de la CREG, un rapport lié à une possible méconnaissance des dispositions de la loi sur l'électricité, des arrêtés d'exécution et des règles de fonctionnement relevant de la mission de contrôle de la CREG en application de l'article 7*undecies*, § 3, de la loi sur l'électricité (article 11).

La section 4 définit les obligations du gestionnaire du réseau dans le cadre du contrôle. Le gestionnaire du réseau prend toute mesure raisonnable pour faciliter l'exercice des missions de la CREG et de l'Auditeur (article 12). Le gestionnaire du réseau doit en particulier donner accès aux espaces de ses bureaux dans lesquels sont organisées les pré-enchères et les mises aux enchères, conformément aux modalités qu'il détermine en concertation avec la CREG (article 13). L'article 14 règle l'accès donné par le gestionnaire du réseau aux plateformes

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

informatiques et aux logiciels. L'article 15 oblige le gestionnaire du réseau à donner suite dans le délai fixé à toute demande d'information ou de copie de certaines données.

La section 5 règle l'obligation de coopération d'autres acteurs. L'article 16 oblige chaque détenteur de capacité ou fournisseur de capacité à fournir toute information à la CREG ou à l'Auditeur, à leur demande, sans frais et dans un délai adéquat de dix jours ouvrables au moins, sous réserve d'une obligation de confidentialité vis-à-vis d'une partie tierce.

La section 6 règle un certain nombre de compétences de la CREG. Si des irrégularités, dont l'existence est révélée le cas échéant dans les rapports, ont été commises, la CREG peut obliger le gestionnaire du réseau à organiser une nouvelle pré-enchère (article 17), à réexaminer les dossiers de pré-qualification (article 18), à organiser une nouvelle mise aux enchères (article 19), ou à annuler une transaction du marché secondaire (article 20), sans préjudice des sanctions susceptibles d'être infligées en vertu de la loi sur l'électricité (article 21). L'article 22 fixe les modalités de la visite sur place à laquelle la CREG voudrait procéder sur le fondement de l'article 26, § 1*ter*, de la loi sur l'électricité. L'article 23 règle la publication des décisions susmentionnées – et éventuellement des rapports sur lesquels elles se fondent – sur le site internet de la CREG, certes après que le gestionnaire du réseau a eu l'opportunité d'identifier les passages confidentiels.

2.5. Le chapitre V (lire : IV) comporte des dispositions finales. L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 24). L'article 25 contient une formule exécutoire.

FONDEMENT JURIDIQUE

3.1. Le projet trouve avant tout un fondement juridique dans l'article 7*undecies*, § 13, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité. Selon cette disposition, à l'exception du contrôle du respect des obligations visées au paragraphe 14 de cet article, le contrôle du bon fonctionnement du CRM est confié à la CREG, qui dispose à cet effet des compétences qui lui sont attribuées par la loi sur l'électricité. Dans ce cadre, la CREG vérifie la régularité des procédures de pré-qualification, des mises aux enchères et des transactions dans le marché secondaire, ainsi que l'absence de comportement anticoncurrentiel ou de pratique commerciale déloyale. Le Roi peut, après l'avis de la CREG, déterminer des modalités de ce contrôle, notamment celles permettant à la CREG de désigner une personne chargée d'effectuer, en son nom et pour son compte, des tâches de surveillance et de rapportage.

Il est permis en outre d'invoquer le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec l'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité.

3.2. Dans la mesure où le contrôle exercé par la CREG concerne aussi les pré-enchères, on peut se reporter, en ce qui concerne le fondement juridique à cet effet, aux observations formulées à ce sujet dans l'avis 69.013/3, qui est également donné ce jour sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 1er, 3°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne des conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

peuvent participer à la procédure de préqualification dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité' (observations 4.2.1 et 4.2.2).

3.3. Les articles 17 à 20 du projet nécessitent un examen plus approfondi à la lumière du fondement juridique invoqué. Ces articles prévoient que la CREG peut obliger le gestionnaire du réseau à organiser une nouvelle pré-enchère (article 17), à réexaminer les dossiers de pré-qualification concernés (article 18), à organiser une nouvelle mise aux enchères (article 19) ou à annuler une transaction déterminée (article 20). Interrogé sur le fondement juridique précis de ces mesures de contrôle spécifiques, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « In artikel 7*undecies*, §13, wordt onder meer vermeld:
>
> 'Met uitzondering van het toezicht op de naleving van de verplichtingen bedoeld in paragraaf 14, wordt het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme toevertrouwd aan de commissie, die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij deze wet zijn toegekend. In dit verband gaat de commissie met name na of de prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken. Onverminderd de leden 2 tot en met 5, kan de Koning, na advies van de commissie, de nadere regels van deze controle bepalen, in het bijzonder de nadere regels die de commissie in staat stellen een persoon aan te wijzen die in zijn naam en voor zijn rekening taken op het gebied van toezicht en rapportering uitvoert.'
>
> En in artikel 7*undecies*, §10, eerste lid:
>
> 'Indien de commissie op grond van haar toezichthoudende bevoegdheden overeenkomstig paragraaf 13 de veiling annuleert, organiseert de netbeheerder een nieuwe veiling, waarvoor ten laatste op 30 november de resultaten van de veiling worden gepubliceerd op de website van de netbeheerder.'
>
> Aangezien de wet voorziet dat de commissie op grond van haar toezichthoudende bevoegdheden overeenkomstig paragraaf 13 een veiling kan annuleren, is het redelijk dat zij ook de minder ingrijpende acties in de capaciteitsmarkt kan annuleren. Het artikel 7*undecies*, §13 voorziet verder dat de nadere modaliteiten kunnen worden bepaald door de Koning ».

3.3.1. Dès lors que l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité vise expressément la possibilité pour la CREG d'annuler une mise aux enchères en vertu du pouvoir de contrôle dont elle dispose, on peut admettre que cette possibilité existe également en ce qui concerne les irrégularités qui ont été commises préalablement à une mise aux enchères lors d'une pré-enchère ou d'une pré-qualification. Les articles 17, 18 et 19 du projet peuvent dès lors trouver un fondement juridique dans les dispositions mentionnées dans l'observation 3.1, le pouvoir général d'exécution devant dans ce cas également être lu en combinaison avec l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité. On mentionnera également cette dernière disposition dans le deuxième alinéa du préambule du projet.

3.3.2. La question se pose toutefois de savoir si les mêmes dispositions procurant un fondement juridique peuvent également être invoquées en ce qui concerne la possibilité d'annuler des transactions du marché secondaire (article 20). Le délégué a déclaré à ce sujet ce qui suit :

> « De secundaire markt laat toe dat partijen die reeds geselecteerd zijn in de veiling en partijen die niet werden geselecteerd, onderling rechten en verplichtingen die

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

voortvloeien uit een capaciteitscontract, kunnen overdragen.

Ter voorbeeld: een capaciteitsleverancier kon niet beschikbaar zijn op een bepaald moment waar hij dit wel diende te zijn, koopt de ontbrekende capaciteit aan van een andere capaciteitsleverancier die voor dat leveringsjaar niet werd geselecteerd in de veiling en dus een 'overschot' van capaciteit heeft voor dat moment.

Waar de pre-veiling en prekwalificatie inderdaad kunnen gezien worden als preludes op de veiling, kan de secundaire markt gezien worden als een (zij het niet noodzakelijk) vervolg op de veiling. Ook om deel te nemen aan de secundaire markt, dient het proces van prekwalificatie te zijn doorlopen, cf. de definitie van 'capaciteitsleverancier':

> 'iedere capaciteitshouder die is geselecteerd na beëindiging van een veiling of die, mits te zijn geprekwalificeerd, deelneemt aan de secundaire markt, die een capaciteit beschikbaar stelt tijdens de periode van capaciteitslevering, tegen een capaciteitsvergoeding;'

Het artikel 7*undecies*, §13, van de wet voorziet dat de commissie ook de transacties op de secundaire markt nagaat ».

Force est de constater que le critère de rattachement contenu dans la loi sur l'électricité pour instaurer la possibilité d'annuler une pré-enchère, une pré-qualification ou une mise aux enchères, ne peut pas s'appliquer à première vue à la possibilité d'annuler une transaction du marché secondaire, de sorte qu'il faut émettre une réserve quant à l'existence d'un fondement juridique suffisant pour l'article 20 du projet.

FORMALITÉS

4.1. L'article 14 du projet concerne le traitement de données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, imposent de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Interrogé quant à l'avis de l'Autorité de protection des données, le délégué a déclaré qu'il sera demandé prochainement.

L'avis de l'Autorité de protection des données doit par conséquent encore être recueilli.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

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

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

5. Il faut veiller à ce que les compétences relatives au contrôle que la CREG tire directement des dispositions de la loi sur l'électricité restent intégralement d'application. En faisant usage de l'habilitation que lui attribue l'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité, le Roi peut déterminer les modalités de l'exercice de ces pouvoirs de contrôle, mais il ne peut pas porter atteinte à ces compétences proprement dites. On examinera notamment à cet égard la conformité de l'article 13 du projet avec l'article 30*bis*, § 3, de la loi sur l'électricité, ainsi que la conformité des articles 16 (en ce qui concerne le délai de mise à disposition des informations) et 22 (en ce qui concerne la visite sur place) du projet avec l'article 26, § 1*ter*, de cette même loi [1].

Article 2

6. L'article 2 du projet contient des dispositions qui reproduisent ou qui paraphrasent des dispositions de l'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité.

Des dispositions qui ne font que rappeler une norme supérieure, en la reproduisant ou en la paraphrasant, n'ont en principe pas leur place dans des règles d'exécution, notamment parce que la nature juridique des dispositions reproduites pourrait en devenir incertaine et que cela donne erronément à penser que l'autorité qui reproduit les règles peut les modifier. Pareille méthode ne peut se justifier que si la bonne compréhension du régime en projet exige que des dispositions d'une norme supérieure soient reproduites, et seulement à condition que l'origine des règles concernées soit précisée (par la mention « conformément à l'article … de la loi du … ») et que la reproduction soit correcte et littérale afin de ne pas créer de confusion quant à leur portée exacte.

Dès lors, si les auteurs du projet souhaitent maintenir ces répétitions – en principe superflues – il s'impose de préciser l'origine des règles concernées.

[1] Voir toutefois l'observation 11 relative à l'article 22 du projet.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Article 3

7. L'article 3 du projet dispose que la CREG exerce sa mission de contrôle du bon fonctionnement du MRC, sans préjudice des modalités de contrôle visées au chapitre III et « conformément aux dispositions de la loi du 29 avril 1999, en particulier ses articles 7*undecies*, § 13, 23*bis*, 26, § 1er*ter* et 31 ».

L'article 7*undecies*, § 13, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité dispose, entre autres, que le contrôle du bon fonctionnement du MRC est confié à la CREG, « qui dispose à cet effet des compétences qui lui sont attribuées par la présente loi ».

Il découle de l'article 7*undecies*, § 13, alinéa 1er, précité, de la loi sur l'électricité que la CREG dispose, dans le cadre de son contrôle, de toutes les compétences qui lui ont été attribuées à cet effet par cette loi. Il est par conséquent superflu de détailler ces compétences dans le projet. À cet égard, le délégué a en outre confirmé qu'il faudrait encore viser, à l'article 3 du projet, l'article 30*bis*, § 3, de la loi sur l'électricité, ce qui souligne le caractère incomplet de l'énumération figurant à l'article 3. Il est dès lors recommandé d'omettre cette disposition du projet, parce qu'elle pourrait erronément donner à penser que sans elle, les dispositions légales concernées ne seraient pas d'application.

Article 4

8.1. À la question de savoir s'il ne faut pas, à la lumière des observations 11 et 12 de l'avis de la CREG du 18 mars 2021, prévoir, à l'article 4, § 1er, du projet des conditions plus larges en ce qui concerne l'indépendance de l'Auditeur, et notamment à l'égard du gestionnaire du réseau et d'autres acteurs impliqués dans le MRC, le délégué a répondu comme suit :

> « De opmerking werd tijdens de bespreking van het ontwerp Koninklijk Besluit niet gemaakt, maar rekening houdend met het opzet van de Auditor en de opmerking van de CREG, stellen we voor hieraan tegemoet te komen als volgt:
>
> > 'Om de controle zoals bedoeld in artikel 2 goed te kunnen uitvoeren, kan de commissie zich laten bijstaan door een Auditor van de capaciteitsmarkt, onafhankelijk van alle personen die direct of indirect deelnemen aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme alsook van de netbeheerder, aangesteld voor een periode van maximaal drie jaar. Hiertoe past de commissie de van kracht zijnde wetgeving betreffende de overheidsopdrachten toe' ».

On peut se rallier à cette proposition.

8.2. L'article 4, § 2, du projet dispose qu'« [a]près consultation du gestionnaire du réseau », la CREG établit le cahier des charges en vue de la désignation de l'Auditeur du marché de capacité. Cette condition n'est cependant pas conforme à l'article 57, paragraphe 4, de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE', qui dispose que les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. Par conséquent, on omettra cette condition.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Article 16

9. Sans préjudice de l'observation 5, la question se pose de savoir si le délai minimum de dix jours ouvrables, déterminé à l'article 16 du projet, est compatible avec le délai de cinq jours ouvrables prévu aux articles 6 à 9 du projet à l'égard de l'Auditeur pour la rédaction d'un rapport. Selon le délégué, il est conseillé d'aligner le délai prévu à l'article 16 sur celui fixé à l'article 26, § 1er*ter*, de la loi sur l'électricité, où il est question d'un « délai raisonnable ». On peut se rallier à ce point de vue.

Article 20

10. À l'inverse des articles 17 à 19 du projet, qui prévoient chaque fois une marge d'appréciation pour la CREG (« ont eu une incidence non-négligeable … »), l'article 20 du projet ne prévoit pas une telle marge en ce qui concerne des transactions considérées comme irrégulières. À ce sujet, le délégué a donné la justification suivante :

> « Voor het artikel 20 werd de beoordelingsmarge niet ingevoegd omdat het hier transacties betreft die geen impact hebben op de uitkomst (en dus maatschappelijke kost) van de veiling. De uitkomst van dergelijke transactie betreft in principe enkel de toestand van de betrokken marktpartijen. Bijgevolg, indien deze onregelmatig is, zal deze worden geannuleerd ».

Sous réserve de l'observation formulée ci-dessus à propos du fondement juridique de l'article 20, on peut admettre cette justification.

Article 22

11. L'article 22 du projet implique que l'exercice des compétences visées à l'article 26, § 1er*ter*, de la loi sur l'électricité serait soumis, en cas d'enquêtes réalisées sur la base de l'article 7*undecies*, § 13, de cette loi, à des règles autres qu'en cas d'enquêtes réalisées sur la base des articles 3, 4 et 5 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 'concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie' ou de l'article 7*duodecies* de cette loi, sans qu'il existe, à première vue, un motif particulier justifiant cette différence. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Het klopt dat, rekening houdend met het opgenomen artikel 26, §1*ter* in de wet, dit artikel 22 geen echte meerwaarde heeft. Deze bepaling neemt ten opzichte van het artikel 26, §1*ter* een aantal bijkomende specificaties op (tijdstip waarop bezoek zou plaatsvinden en op de hoogte stellen van de betrokkene) ».

Étant donné que le délégué lui-même reconnaît que l'article 22 n'apporte aucune plus-value, mieux vaut omettre ce dernier du projet.

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡

Chapitre V

12. Il y a lieu de renuméroter le chapitre V en chapitre IV.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS Wilfried VAN VAERENBERGH

‡LW-CDEVJEBBF-GJABFVT‡