RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.021/3
van 13 april 2021

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de investeringsdrempels en de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 69.021/3
du 13 avril 2021

sur

un projet d’arrêté royal ‘fixant les seuils d’investissement et les critères d’éligibilité des coûts d’investissement’

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

Op 15 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 vaststelling van de investeringsdrempels en de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten'.

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 Arne CARTON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Koen MUYLLE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 april 2021.

*

Le 15 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 'fixant les seuils d'investissement et les critères d'éligibilité des coûts d'investissement'.

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 Arne CARTON, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Koen MUYLLE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 avril 2021.

*

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

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 rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

## STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt er vooreerst toe om in capaciteitscategorieën te voorzien in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme waarin wordt voorzien door artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' (hierna: de Elektriciteitswet), ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 15 maart 2021 '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'.

De capaciteitscategorieën worden bepaald (artikel 2 van het ontwerp), evenals de in aanmerking komende investeringskosten (artikel 3) en de investeringsdrempels voor de indeling van een capaciteit in een capaciteitscategorie (artikel 6). Om een capaciteit in een capaciteitscategorie te kunnen klasseren, moet rekening worden gehouden met het nominaal referentievermogen van de capaciteit na de beoogde investering (artikel 4). Elke capaciteit die deel uitmaakt van een geaggregeerde offerte wordt geklasseerd in een capaciteitscategorie (artikel 5).

Om in een capaciteitscategorie te worden geklasseerd moet de capaciteitshouder of de beheerder van een geaggregeerde offerte een investeringsdossier indienen bij de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) (artikel 7). De (inhoud van de) aanvraag wordt geregeld, evenals de behandeling ervan door de CREG (artikelen 8 tot 11).

Voorts wordt de controle van de CREG op de klassering van een capaciteit of van een geaggregeerde offerte in een capaciteitscategorie geregeld (artikelen 12 tot 17). Hiertoe bezorgt een capaciteitsleverancier aan de CREG het afsluitingsdossier van de investering (artikel 13). De communicatie tussen de CREG en de capaciteitsleverancier wordt geregeld (artikel 14), evenals de bevoegdheden van de CREG in het geval van laattijdige indiening of niet-indiening van het afsluitingsdossier (artikel 15), bij gebrek aan aanvullende informatie (artikel 16) of indien wordt vastgesteld dat het project geen recht heeft op de aanvankelijke toegekende klassering (artikel 17).

Ten slotte worden de voorwaarden bepaald waaronder een persoon door een capaciteitshouder of -leverancier mag worden aangewezen als technisch expert (artikel 18).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag waarop het wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (artikel 19).

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

## VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Het ontwerp is zeer technisch van aard, zodat alle finesses ervan moeilijk te doorgronden zijn. De toetsing van het ontwerp aan hogere rechtsnormen, en met name aan het recht van de Europese Unie, is dan ook niet evident.

Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag daarom niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en, indien er wel iets over wordt gezegd, dat er niet méér over te zeggen valt. Het zal aan de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak en, desgevallend, het Hof van Justitie, toekomen om zich in voorkomend geval hierover uit te spreken.

## RECHTSGROND

4.1. Voor het ontwerp kan vooreerst rechtsgrond worden gevonden in artikel 7*undecies*, § 9, vierde lid, van de Elektriciteitswet. In die bepaling wordt de Koning gemachtigd om, op voorstel van de CREG, opgesteld na openbare raadpleging en na advies van de netbeheerder, de criteria vast te stellen voor het in aanmerking komen van de investeringskosten die toelaten om elke capaciteit in een capaciteitscategorie te klasseren, de investeringsdrempels die deze categorieën onderscheiden, alsook de procedure van klassering.

Voorts kan een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, § 9, van de Elektriciteitswet.

4.2. In het tweede lid van de aanhef van het ontwerp wordt ook verwezen naar artikel 7*undecies*, § 5, van de Elektriciteitswet. In die bepaling wordt evenwel enkel het advies geregeld dat de Algemene Directie Energie van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie en de netbeheerder geven over het voorstel van de CREG inzake de specifieke waarden van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald. Vermits hieromtrent niets in het te nemen besluit wordt bepaald, moet geen rechtsgrond worden gezocht in die bepaling van de Elektriciteitswet.

## VORMVEREISTEN

5.1. Het ontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen. Zo worden in artikel 7, § 1, derde lid, van het ontwerp de elementen bepaald die het investeringsdossier minstens bevat, waaronder een aantal 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

‡LW-CDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

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.

5.2. In antwoord op de vraag om het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit verklaarde de gemachtigde:

"De adviesaanvraag zal eerstdaags verstuurd worden."

Bijgevolg moet het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit nog worden ingewonnen.

5.3. 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.

## ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Het ontwerp bevat een aantal bepalingen die een overname of een parafrasering vormen van bepalingen in artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet. Zo wordt in artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp de datum hernomen voor dewelke het investeringsdossier moet worden ingediend bij de CREG.[1]

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.[2]

7. De stellers van het ontwerp dienen de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp en het consequent gebruik van de gehanteerde terminologie nog eens grondig na te gaan.

[1] Zie artikel 7*undecies*, § 9, eerste lid, van de Elektriciteitswet, gelezen in samenhang met paragraaf 8, zevende lid, van dezelfde bepaling.

[2] Zo zou in artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp moeten worden verwezen naar artikel 7*undecies*, § 8, zevende lid, en § 9, eerste lid, van de Elektriciteitswet.

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

Zo worden in de Nederlandse tekst van artikel 12, § 3, van het ontwerp de woorden "à la commission" in de Franse tekst niet vertaald. In de Nederlandse tekst van het ontwerp stemt het opschrift van hoofdstuk VI ('Bijzondere voorzieningen') niet overeen met de Franse tekst ('Dispositions finales').

8. Artikel 1 van het ontwerp voorziet in een aantal definities. In de daarop volgende artikelen van het ontwerp worden de in die bepaling gedefinieerde begrippen echter niet op een consistente wijze gehanteerd.

Zo wordt in artikel 5, § 1, van het ontwerp niet het in artikel 1, § 2, 10°, van het ontwerp gedefinieerde begrip "nominaal referentievermogen" gehanteerd, maar wordt gewag gemaakt van het "maximaal nominaal referentievermogen", en dit terwijl in de voormelde definitie al is vermeld dat het gaat om het maximale vermogen van een capaciteit. Daarnaast bevat artikel 1, § 2, 9°, van het ontwerp een definitie van het begrip "dezelfde geografische locatie", maar wordt in de Nederlandse tekst van artikel 7, § 2, van het ontwerp gewag gemaakt van "eenzelfde geografische site". In artikel 1, § 2, 3°, van het ontwerp wordt het begrip "in aanmerking komende kosten" gedefinieerd, terwijl in artikel 3, § 1, eerste lid van het ontwerp gewag wordt gemaakt van "in aanmerking komende investeringskosten".

Bijgevolg moet worden nagegaan of de in artikel 1 van het ontwerp gedefinieerde begrippen consequent worden gebruikt en moet de in het ontwerp gehanteerde terminologie in het licht hiervan worden aangepast.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Opschrift

9. Aangezien het ontwerp er niet toe beperkt is de investeringsdrempels en de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten vast te stellen, verdient het aanbeveling om het opschrift aan te passen zodat het beter de inhoud van het te nemen besluit weergeeft.

### Aanhef

10.1. De aanhef moet worden aangepast aan hetgeen hiervoor over de rechtsgrond voor het ontwerp is opgemerkt. Zo moet in het tweede lid van de aanhef de verwijzing naar artikel 7*undecies*, § 5, van de Elektriciteitswet worden weggelaten.

10.2. In het tweede lid van de aanhef schrijve men "ingevoegd bij de wet van 15 maart 2021" (in plaats van " ingevoegd bij de wet van 22 april 2019").

### Artikel 1

11.1. In artikel 1, § 2, 9°, van het ontwerp wordt het begrip "dezelfde geografische locatie" als volgt gedefinieerd:

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

> "eenzelfde kadasterperceel, of meerdere kadasterpercelen die aan elkaar grenzen of meerdere kadasterpercelen die niet aan elkaar grenzen maar deel uitmaken van een geheel van tegen elkaar liggende percelen, ongeacht of er al dan niet een openbare weg door dat geheel loopt".

Het lijkt tegenstrijdig om omtrent dezelfde percelen gewag te maken van percelen "die niet aan elkaar grenzen" en van "tegen elkaar liggende percelen". Wanneer twee percelen tegen elkaar liggen, grenzen ze per definitie aan elkaar. De vraag rijst of niet veeleer dicht bij elkaar liggende percelen worden bedoeld.

Voorts vloeit uit de voormelde definitie voort dat het gegeven dat een openbare weg twee percelen scheidt, niet verhindert dat het om dezelfde geografische locatie gaat. De vraag rijst of hetzelfde geldt wanneer twee percelen door een waterweg van elkaar worden gescheiden. Dit moet minstens in het verslag aan de Koning worden verduidelijkt.

11.2. Voor de definitie van het begrip "dagelijks programma" in artikel 1, § 2, 6°, van het ontwerp wordt verwezen naar de definitie van hetzelfde begrip in artikel 2, 22°, van het nog te nemen koninklijk besluit "tot vaststelling van de berekeningsmethode van het noodzakelijke capaciteitsvolume en de parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme". Daargelaten het gegeven dat die verwijzing niet lijkt te kloppen,[3] zou het de leesbaarheid van het ontwerp evenwel ten goede komen indien de in dat besluit vervatte definitie hier wordt hernomen. Indien dit niet gebeurt, zal er alleszins voor moeten worden gezorgd dat beide besluiten gelijktijdig in werking treden.

## Artikelen 3 en 4

12.1. De artikelen 3 en 4 van het ontwerp betreffen de klassering van een capaciteit in een capaciteitscategorie.

Dienaangaande wordt in artikel 3, § 1, eerste lid, van het ontwerp bepaald dat voor de klassering van een capaciteit in een capaciteitscategorie "alleen" rekening wordt gehouden met "in aanmerking komende investeringskosten". Artikel 4 van het ontwerp luidt daarentegen als volgt:

> "Om een capaciteit in een capaciteitscategorie te kunnen klasseren, moet rekening worden gehouden met het nominaal referentievermogen van de capaciteit na de beoogde investering."

De gemachtigde gaf in dit verband de volgende toelichting:

> "Om toe te laten vast te stellen in welke capaciteitscategorie een capaciteit kan worden ingedeeld, is het noodzakelijk niet enkel de bedragen van de in aanmerking komende investeringen te bepalen (m.a.w. de EURO's), maar ook het vermogen dat in rekening moet worden gebracht bij de berekening (m.a.w. de MW'en). In artikel 4 wordt

[3] Allicht wordt artikel 1, § 2, 15°, van het koninklijk besluit 'tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme' bedoeld, waaromtrent de Raad van State heden advies 69.020/3 geeft.

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

specifiek verduidelijkt dat om geklasseerd te worden in een bepaalde categorie, rekening zal worden gehouden met het nominaal (en dus niet na toepassing van de reductiefactor) referentievermogen ná de beoogde investering. Dit principe geldt voor alle capaciteiten."

Gelet hierop moeten de artikelen 3 en 4 van het ontwerp duidelijker worden geformuleerd, zodat blijkt dat artikel 3, § 1, van het ontwerp slechts een eerste fase in de procedure van de klassering betreft. Het woord "alleen" in die bepaling moet alleszins worden weggelaten.

12.2. In artikel 3, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de in aanmerking komende kosten investeringsuitgaven zijn "die noodzakelijk zijn voor de bouw en/of levering van de essentiële fysieke technische elementen van de capaciteit".

De vraag rijst wanneer een investeringsuitgave als noodzakelijk kan worden beschouwd voor de bouw of levering van de voormelde essentiële fysieke technische elementen. Kan, bijvoorbeeld, de bouw van een systeem voor $CO_2$-captatie ("Carbon Capture and Storage (CCS)") als noodzakelijk worden beschouwd, als de vergunning voor de bouw of levering van de essentiële fysieke technische elementen van de capaciteit hiervan afhangt?

Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

"De in aanmerking komende kosten worden omschreven in artikel 3, §1 van het ontwerp van Koninklijk Besluit. Hierin staat onder meer:

'en die noodzakelijk zijn voor de bouw en/of levering van de essentiële fysieke technische elementen van de capaciteit'

Overeenkomstig §3 van artikel 3 werden ontwerprichtlijnen gepubliceerd door de commissie (https://www.creg.be/nl/publicaties/beslissing-b2129), waar in randnummer 47 kan worden gelezen:

'47. Een fysiek technisch element wordt essentieel geacht indien (…) en, in voorkomend geval, indien: het onmisbaar is voor de verkrijging van de vergunningen en de prekwalificatie van de capaciteit in het CRM'.

Op het eerste zicht, maar afhankelijk van concrete beoordeling van het geval, zouden dergelijke kosten in aanmerking kunnen komen."

Die toelichting zou in het verslag aan de Koning bij het ontwerp moeten worden opgenomen.

## Artikel 6

13. In artikel 6, § 2, van het ontwerp wordt bepaald dat de CREG een verslag opstelt over de noodzaak om de investeringsdrempels te wijzigen, dit verslag doorstuurt naar de minister bevoegd voor energie en het bekendmaakt op haar website.

Uit artikel 7*undecies*, § 9, vierde lid, van de Elektriciteitswet vloeit evenwel voort dat de Koning de investeringsdrempels bepaalt op voorstel van de CREG. Bijgevolg moet in artikel 6, § 2, van het ontwerp het woord "verslag" telkens worden vervangen door het woord "voorstel" en schrijve men "dit voorstel" in plaats van "deze periodieke herziening".

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

Artikel 7

14.1. De nummering in de Nederlandse tekst van de paragrafen in artikel 7 van het ontwerp klopt niet, aangezien paragraaf 3 tweemaal voorkomt. Gelet op de Franse tekst moet de tweede vermelding van "§ 3" in de Nederlandse tekst van het ontwerp worden weggelaten.

14.2. In artikel 7, § 3, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de CREG "[u]iterlijk zes maanden voor de eerste veiling" de procedure meedeelt voor het gebruik van het informaticaplatform waarmee de indiening van de investeringsdossiers gebeurt.

Uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 15 maart 2021 blijkt dat de eerste veiling in oktober 2021 zal plaatsvinden,[4] wat impliceert dat de CREG in april 2021 de procedure voor het gebruik van het informaticaplatform zou moeten meedelen.

Gevraagd of dat nog haalbaar is, mede gelet op de datum waarop dit advies wordt gegeven, verklaarde de gemachtigde:

> "De procedure voor het gebruik van het informaticaplatform zal door de commissie worden meegedeeld op haar website. Deze publicatie op haar website hangt niet af van de publicatie van het KB in het B.S."

Hiermee kan niet worden ingestemd. Er kan immers niet worden aanvaard dat aan de CREG verplichtingen zouden worden opgelegd die ze op het ogenblik van de bekendmaking van het te nemen besluit materieel onmogelijk nog kan nakomen indien ze op dat moment niet zou zijn overgegaan tot een spontane bekendmaking van de voormelde procedureregels. Het ontwerp dient op dat punt dan ook te worden aangepast.

14.3. In artikel 7, § 5, van het ontwerp wordt in de mogelijkheid voorzien voor de aanvrager om zijn aanvraag op een aantal punten te wijzigen. Er wordt evenwel geen uiterste termijn bepaald voor het aanbrengen van dergelijke wijzigingen. Gevraagd of het om een vergetelheid gaat, verklaarde de gemachtigde:

> "De uiterste termijn vloeit in principe voort uit de beslissingsprocedure voorzien in artikel 7*undecies*, §9 van de Elektriciteitswet: 'Na onderzoek van het investeringsdossier, bepaalt de commissie de klassering van de capaciteit in een capaciteitscategorie. De commissie deelt haar beslissing aan de capaciteitshouder en aan de netbeheerder mee uiterlijk vijftien dagen voor de uiterste indieningsdatum van de biedingen in het kader van de veiling bedoeld in paragraaf 10.'
>
> Het opzet is inderdaad dat na het nemen van die beslissing en de betekening ervan (die dergelijke individuele beslissing in principe doet inwerking treden) geen wijzigingen meer mogelijk zijn. Om de leesbaarheid te vergroten kan het inderdaad aangewezen zijn om dergelijke termijn ook expliciet te voorzien, namelijk tot op het ogenblik dat de beslissing van de commissie werd betekend aan de aanvrager."

Het antwoord van de gemachtigde impliceert dat tot het nemen van de beslissing, en de betekening ervan, het voor de aanvrager nog mogelijk zou zijn om de door hem verstrekte informatie te wijzigen. Dit lijkt niet werkzaam, vermits het zelfs niet uit te sluiten valt dat de

[4] *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1779/001, 11.

‡LW-CDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

aanvrager zijn aanvraag wijzigt na de beslissing van de CREG, maar vooraleer die beslissing betekend wordt.

Het verdient met het oog op de rechtszekerheid dan ook aanbeveling om in een specifieke termijn voor wijzigingen van de aanvraag te voorzien die de CREG in staat stelt om, voorafgaand aan het nemen van een beslissing, nog rekening te houden met die wijzigingen.

Artikel 13

15.1. Aangezien het eerste en tweede lid van artikel 13, § 1, van het ontwerp twee onderscheiden situaties regelen, namelijk een capaciteitscontract voor meer dan drie perioden (eerste lid) en een capaciteitscontract dat ten hoogste drie perioden bestrijkt (tweede lid), is de zinsnede "Onverminderd het tweede lid," in het eerste lid overbodig.

15.2. In artikel 13, § 1, van het ontwerp wordt het begrip "capaciteitsleverancier" gedefinieerd. Die definitie stemt niet overeen met de definitie van hetzelfde begrip in artikel 2, 75°, van de Elektriciteitswet. Bijgevolg moet in artikel 13, § 1, een ander begrip worden gebruikt, dat dan in artikel 1 van het ontwerp moet worden gedefinieerd (en dus niet tot tweemaal toe in de tekst van artikel 13, § 1, van het ontwerp, zoals thans het geval is).

Artikel 17

16. Artikel 17, vierde lid, van het ontwerp luidt als volgt:

"Dit artikel doet geen afbreuk aan de toepassing van artikel 31 van de wet."

Met "de wet" wordt, zoals blijkt uit artikel 1, § 1, van het ontwerp, de Elektriciteitswet bedoeld.

Aangezien een koninklijk besluit behoudens uitdrukkelijke machtiging geen afbreuk kan doen aan een wettelijke bepaling, en ook de geldingskracht van een wettelijke bepaling niet moet bevestigen, is artikel 17, vierde lid, van het ontwerp overbodig en moet het worden weggelaten.

Artikel 18

17. Naar luid van artikel 18, § 1, 1°, b), van het ontwerp mogen capaciteitshouders of -leveranciers geen "ongepaste invloed" uitoefenen op de technisch expert.

Het woord "ongepast" in die bepaling zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat andere vormen van beïnvloeding wel zijn toegestaan, hetgeen volgens de gemachtigde niet het geval is. Hij stelde dan ook voor het woord "ongepast" weg te laten.

Hiermee kan worden ingestemd.

*

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

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 essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

## PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a avant tout pour objet de prévoir des catégories de capacité dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité instauré à l'article 7*undecies* de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité), inséré par l'article 4 de la loi du 15 mars 2021 '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'.

Le projet définit les catégories de capacité (article 2), ainsi que les coûts d'investissement éligibles (article 3) et les seuils d'investissement en vue du classement d'une capacité dans une catégorie de capacité (article 6). En vue de permettre le classement d'une capacité dans une catégorie de capacité, il est tenu compte de la puissance nominale de référence de la capacité après l'investissement envisagé (article 4). Chaque capacité composant une offre agrégée fait l'objet d'un classement dans une catégorie de capacité (article 5).

En vue d'être classé dans une catégorie de capacité, le détenteur de capacité ou le gestionnaire d'une offre agrégée doit introduire un dossier d'investissement auprès de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) (article 7). Le projet règle la demande (et son contenu), tout comme son traitement par la CREG (articles 8 à 11).

En outre, il règle le contrôle, par la CREG, du classement d'une capacité ou d'une offre agrégée dans une catégorie de capacité (articles 12 à 17). À cet effet, un fournisseur de capacité adresse à la CREG le dossier de clôture d'investissement (article 13). Le projet règle la communication entre la CREG et le fournisseur de capacité (article 14), ainsi que les compétences de la CREG en cas d'introduction tardive ou à défaut d'introduction du dossier de clôture (article 15), en l'absence d'informations complémentaires (article 16) ou s'il est constaté que le projet ne donne pas droit au classement initialement accordé (article 17).

Enfin, les conditions auxquelles une personne peut être désignée comme expert technique par un détenteur ou un fournisseur de capacité sont fixées (article 18).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 19).

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

## OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. Le projet est d'une nature très technique, si bien qu'il n'est pas aisé d'en cerner toutes les finesses. L'examen du projet au regard de normes supérieures, et notamment du droit de l'Union européenne, n'est dès lors pas évident.

Dès lors, la circonstance qu'une disposition ne fasse l'objet d'aucune observation dans le présent avis ne peut nullement signifier qu'il n'y a rien à en dire et, si toutefois une observation est formulée, cela n'implique pas qu'elle soit exhaustive. Il reviendra au Conseil d'État, section du contentieux administratif, et, le cas échéant, à la Cour de Justice, de se prononcer sur ce point.

## FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. Le projet trouve tout d'abord un fondement juridique dans l'article 7*undecies*, § 9, alinéa 4, de la loi sur l'électricité. Cette disposition habilite le Roi à fixer, sur proposition de la CREG, établie après consultation publique et avis du gestionnaire du réseau, les critères d'éligibilité des coûts d'investissement permettant de classer toute capacité dans une catégorie de capacité, les seuils d'investissements distinguant ces catégories, ainsi que la procédure de classement.

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*, § 9, de la loi sur l'électricité.

4.2. Le deuxième alinéa du préambule du projet vise également l'article 7*undecies*, § 5, de la loi sur l'électricité. Or, cette disposition règle uniquement l'avis que la Direction générale de l'Énergie du SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie et le gestionnaire du réseau donnent sur la proposition de la CREG contenant les valeurs spécifiques des paramètres déterminant le volume de la capacité à prévoir. L'arrêté envisagé restant muet à ce sujet, il ne faut pas chercher de fondement juridique dans cette disposition de la loi sur l'électricité.

## FORMALITÉS

5.1. Le projet comporte des dispositions qui règlent le traitement de données à caractère personnel. Ainsi, l'article 7, § 1er, alinéa 3, du projet définit les éléments que le dossier d'investissement doit au moins contenir, en ce compris un certain nombre 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

‡LW-CDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

5.2. Interrogé quant à l'avis de l'Autorité de protection des données, le délégué a déclaré :

« De adviesaanvraag zal eerstdaags verstuurd worden ».

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

5.3. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées 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.

## OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. Le projet contient un certain nombre de dispositions qui reproduisent ou paraphrasent des dispositions de l'article 7*undecies* de la loi sur l'électricité. Ainsi, l'article 7, § 1er, alinéa 1er, du projet reproduit la date avant laquelle le dossier d'investissement doit être introduit auprès de la CREG [1].

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 [2].

7. Les auteurs du projet réexamineront en profondeur la conformité entre le texte français et le texte néerlandais du projet ainsi que l'utilisation cohérente de la terminologie.

Ainsi, dans le texte néerlandais de l'article 12, § 3, du projet, les mots « à la commission », qui apparaissent dans le texte français, n'ont pas été traduits. Dans le texte néerlandais du projet, l'intitulé du chapitre VI ('Bijzondere voorzieningen') ne correspond pas au texte français ('Dispositions finales').

[1] Voir l'article 7*undecies*, § 9, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité, combiné avec le paragraphe 8, alinéa 7, de la même disposition.

[2] Ainsi l'article 7, § 1er, alinéa 1er, du projet devrait-il viser l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 7, et § 9, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité.

‡LW-CDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

8. L'article 1er du projet comporte un certain nombre de définitions. Les articles subséquents du projet ne font cependant pas un usage cohérent des notions définies dans cette disposition.

Ainsi, l'article 5, § 1er, du projet n'utilise pas la notion de « puissance nominale de référence » définie à l'article 1er, § 2, 10°, du projet, mais fait mention de la « puissance nominale maximale de référence », et ce alors qu'il est déjà mentionné dans la définition précitée qu'il s'agit de la puissance maximale d'une capacité. En outre, l'article 1er, § 2, 9°, du projet contient une définition de la notion de « même site géographique » (en néerlandais, « dezelfde geografische locatie »), mais dans le texte néerlandais de l'article 7, § 2, du projet, il est question de « eenzelfde geografische site ». L'article 1er, § 2, 3°, du projet définit la notion de « coûts éligibles », tandis que l'article 3, § 1er, alinéa 1er, du projet fait mention des « coûts d'investissement éligibles ».

Il convient dès lors de vérifier si les notions définies à l'article 1er du projet sont employées de manière cohérente et d'adapter la terminologie utilisée dans le projet en conséquence.

## EXAMEN DU TEXTE

### Intitulé

9. Étant donné que le projet ne se limite pas à fixer les seuils d'investissement et les critères d'éligibilité des coûts d'investissement, il est recommandé d'adapter l'intitulé, afin de mieux traduire le contenu de l'arrêté envisagé.

### Préambule

10.1. Le préambule doit être adapté conformément aux observations formulées ci-dessus à propos du fondement juridique du projet. On omettra ainsi la référence à l'article 7*undecies*, § 5, de la loi sur l'électricité dans le deuxième alinéa du préambule.

10.2. Au deuxième alinéa du préambule, on écrira « inséré par la loi du 15 mars 2021 » (au lieu de « inséré par la loi du 22 avril 2019 »).

### Article 1er

11.1. L'article 1er, § 2, 9°, du projet définit la notion de « même site géographique » en ces termes :

> « une même parcelle cadastrale, ou plusieurs parcelles cadastrales contiguës, ou plusieurs parcelles cadastrales non contiguës mais qui font partie d'un ensemble de parcelles accolées entre elles, que cet ensemble soit ou non traversé par une voirie publique ».

Il paraît contradictoire de faire mention, concernant les mêmes parcelles, de parcelles « non contiguës » et de « parcelles accolées entre elles ». Lorsque deux parcelles sont

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

accolées entre elles, elles sont, par définition, contiguës. La question se pose de savoir s'il ne s'agit pas plutôt de parcelles très proches.

Il résulte en outre de la définition précitée que le fait qu'une voirie publique sépare deux parcelles, n'empêche pas qu'il s'agisse d'un même site géographique. La question se pose de savoir s'il en va de même lorsque deux parcelles sont séparées par une voie navigable. Il s'impose à tout le moins de le préciser dans le rapport au Roi.

11.2. Pour définir la notion de « programme journalier » à l'article 1er, § 2, 6°, du projet, il est fait référence à la définition de la même notion à l'article 2, 22°, de l'arrêté royal « fixant la méthode de calcul du volume de capacité et des paramètres nécessaires pour l'organisation des enchères dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité », qui doit encore être adopté. Abstraction faite de ce que cette référence ne paraît pas correcte [3], la reproduction en l'occurrence de la définition contenue dans cet arrêté permettrait toutefois d'améliorer la lisibilité du projet. Sinon, il faudra en tout cas veiller à ce que ces deux arrêtés entrent en vigueur simultanément.

Articles 3 et 4

12.1. Les articles 3 et 4 du projet portent sur le classement d'une capacité dans une catégorie de capacité.

L'article 3, § 1er, alinéa 1er, du projet dispose à ce propos que « [s]euls les coûts d'investissement éligibles » sont pris en compte en vue du classement d'une capacité dans une catégorie de capacité. L'article 4 du projet dispose par contre :

> « En vue de permettre le classement d'une capacité dans une catégorie de capacité, il est tenu compte de la puissance nominale de référence de la capacité après l'investissement envisagé ».

À ce propos, le délégué a donné les éclaircissements suivants :

> « Om toe te laten vast te stellen in welke capaciteitscategorie een capaciteit kan worden ingedeeld, is het noodzakelijk niet enkel de bedragen van de in aanmerking komende investeringen te bepalen (m.a.w. de EURO's), maar ook het vermogen dat in rekening moet worden gebracht bij de berekening (m.a.w. de MW'en). In artikel 4 wordt specifiek verduidelijkt dat om geklasseerd te worden in een bepaalde categorie, rekening zal worden gehouden met het nominaal (en dus niet na toepassing van de reductiefactor) referentievermogen ná de beoogde investering. Dit principe geldt voor alle capaciteiten ».

Compte tenu de ces éclaircissements, il s'impose de formuler plus précisément les articles 3 et 4 du projet, afin qu'il ressorte que l'article 3, § 1er, du projet ne concerne qu'une première étape dans la procédure de classement. On omettra en tout cas le mot « Seuls » dans cette disposition.

[3] Sans doute s'agit-il de l'article 1er, § 2, 15°, de l'arrêté royal 'fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité', sur lequel le Conseil d'État donne ce jour l'avis 69.020/3.

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

12.2. L'article 3, § 1er, alinéa 2, du projet dispose que les coûts éligibles sont des dépenses d'investissement « nécessaires à la construction et/ou à la fourniture des éléments techniques physiques essentiels de la capacité ».

La question se pose de savoir quand une dépense d'investissement peut être tenue pour nécessaire à la construction ou à la fourniture des éléments techniques physiques essentiels précités. Par exemple, la construction d'un système de captage du $CO_2$ (« Carbon Capture and Storage (CCS) ») peut-elle être considérée comme nécessaire, si l'autorisation de construire ou de fournir des éléments techniques physiques essentiels de la capacité en dépend ?

Invité à fournir des explications à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De in aanmerking komende kosten worden omschreven in artikel 3, §1 van het ontwerp van Koninklijk Besluit. Hierin staat onder meer:

'en die noodzakelijk zijn voor de bouw en/of levering van de essentiële fysieke technische elementen van de capaciteit'

Overeenkomstig §3 van artikel 3 werden ontwerprichtlijnen gepubliceerd door de commissie (https://www.creg.be/nl/publicaties/beslissing-b2129), waar in randnummer 47 kan worden gelezen:

'47. Een fysiek technisch element wordt essentieel geacht indien (…) en, in voorkomend geval, indien: het onmisbaar is voor de verkrijging van de vergunningen en de prekwalificatie van de capaciteit in het CRM'.

Op het eerste zicht, maar afhankelijk van concrete beoordeling van het geval, zouden dergelijke kosten in aanmerking kunnen komen ».

Ces explications devraient être intégrées dans le rapport au Roi accompagnant le projet.

Article 6

13. L'article 6, § 2, du projet dispose que la CREG établit un rapport sur la nécessité de modifier les seuils d'investissement, transmet ce rapport au ministre qui a l'Énergie dans ses attributions et le publie sur son site internet.

Il ressort toutefois de l'article 7*undecies*, § 9, alinéa 4, de la loi sur l'électricité que le Roi fixe les seuils d'investissements sur proposition de la CREG. Dès lors, à l'article 6, § 2, du projet, on remplacera chaque fois le mot « rapport » par le mot « proposition » et on écrira « cette proposition » au lieu de « cette révision périodique ».

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

Article 7

14.1. Dans le texte néerlandais, la numérotation des paragraphes à l'article 7 du projet n'est pas correcte, dès lors que le paragraphe 3 apparaît deux fois. Compte tenu du texte français, on omettra la deuxième mention de « § 3 » dans le texte néerlandais du projet.

14.2. L'article 7, § 3, alinéa 2, du projet dispose qu' « [a]u plus tard six mois avant la première mise aux enchères », la CREG communique la procédure d'utilisation de la plateforme informatique en vue de l'introduction des dossiers d'investissement.

Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2021 que la première mise aux enchères aura lieu en octobre 2021 [4], ce qui implique que la CREG devrait communiquer en avril 2021 la procédure d'utilisation de la plateforme informatique.

À la question de savoir si cette échéance pourra encore être respectée, compte tenu notamment de la date à laquelle le présent avis est donné, le délégué a répondu :

> « De procedure voor het gebruik van het informaticaplatform zal door de commissie worden meegedeeld op haar website. Deze publicatie op haar website hangt niet af van de publicatie van het KB in het B.S. ».

Ce point de vue ne peut pas être partagé. On ne peut en effet pas admettre qu'il soit imposé à la CREG des obligations qu'il lui sera matériellement impossible de respecter au moment de la publication de l'arrêté envisagé si, à ce moment-là, elle n'a pas publié spontanément les règles de procédure précitées. Le projet devra par conséquent encore être adapté sur ce point.

14.3. L'article 7, § 5, du projet prévoit la possibilité pour le demandeur de modifier sa demande sur plusieurs points. Or, il n'est pas fixé de délai limite pour apporter ces modifications. À la question de savoir s'il s'agit d'un oubli, le délégué a répondu :

> « De uiterste termijn vloeit in principe voort uit de beslissingsprocedure voorzien in artikel 7*undecies*, §9 van de Elektriciteitswet: 'Na onderzoek van het investeringsdossier, bepaalt de commissie de klassering van de capaciteit in een capaciteitscategorie. De commissie deelt haar beslissing aan de capaciteitshouder en aan de netbeheerder mee uiterlijk vijftien dagen voor de uiterste indieningsdatum van de biedingen in het kader van de veiling bedoeld in paragraaf 10.'
>
> Het opzet is inderdaad dat na het nemen van die beslissing en de betekening ervan (die dergelijke individuele beslissing in principe doet inwerking treden) geen wijzigingen meer mogelijk zijn. Om de leesbaarheid te vergroten kan het inderdaad aangewezen zijn om dergelijke termijn ook expliciet te voorzien, namelijk tot op het ogenblik dat de beslissing van de commissie werd betekend aan de aanvrager ».

La réponse du délégué implique que jusqu'à la prise de décision et la notification de celle-ci, il serait encore possible pour le demandeur de modifier les informations qu'il a communiquées. Cela ne semble pas faisable, dès lors qu'il ne peut même pas être exclu que le demandeur modifie sa demande après la décision de la CREG, mais avant que cette décision soit notifiée.

[4] *Doc. parl,.* Chambre 2020-21, n° 55-1779/001, p. 11.

‡LW-CDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

Il est dès lors recommandé, dans un souci de sécurité juridique, de prévoir un délai spécifique de modification de la demande permettant à la CREG de prendre ces modifications en compte préalablement à la prise de décision.

## Article 13

15.1. Dès lors que les alinéas 1er et 2 de l'article 13, § 1er, du projet règlent deux situations distinctes, à savoir un contrat de capacité couvrant plus de trois périodes (alinéa 1er) et un contrat de capacité couvrant au maximum trois périodes (alinéa 2), le segment de phrase « Sans préjudice de l'alinéa 2, » à l'alinéa 1er est superflu.

15.2. L'article 13, § 1er, du projet définit la notion de « fournisseur de capacité ». Cette définition ne correspond pas à la définition de la même notion donnée à l'article 2, 75°, de la loi sur l'électricité. Par conséquent, on utilisera à l'article 13, § 1er, une autre notion qu'il conviendra de définir à l'article 1er du projet (et donc pas à deux reprises dans le texte de l'article 13, § 1er, du projet, comme tel est le cas actuellement).

## Article 17

16. L'article 17, alinéa 4, du projet s'énonce comme suit :

« Le présent article ne porte pas préjudice à l'application de l'article 31 de la loi ».

Par « la loi », il faut entendre, ainsi qu'il ressort de l'article 1er, § 1er, du projet, la loi sur l'électricité.

Dès lors qu'un arrêté royal, sauf habilitation expresse, ne peut porter atteinte à une disposition légale, et ne doit pas non plus confirmer la force obligatoire d'une telle disposition, l'article 17, alinéa 4, du projet est superflu et sera omis du projet.

## Article 18

17. Selon l'article 18, § 1er, 1°, b), du projet, les détenteurs ou fournisseurs de capacité ne peuvent pas exercer une « influence indue » à l'encontre de l'expert technique.

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡

Le mot « indue » dans cette disposition pourrait donner à tort l'impression que d'autres formes d'influence sont quant à elles autorisées, ce qui n'est pas le cas selon le délégué. Il a dès lors proposé de supprimer le mot « indue ».

On peut se rallier à cette proposition.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS Wilfried VAN VAERENBERGH

‡LW-GDEVKEGDJ-GJACBUQ‡