



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.159/3
van 6 mei 2021

avis 69.159/3
du 6 mai 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
12 april 1965 betreffende het
vervoer van gasachtige
produkten en andere door
middel van leidingen’

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 12 avril 1965 relative au
transport de produits gazeux et
autres par canalisations’

Op 1 april 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 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 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 april 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 mei 2021.

*

Le 1^{er} avril 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 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 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 27 avril 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 mai 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

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet brengt in de eerste plaats een aantal wijzigingen aan in de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet) en de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’ (hierna: de Gaswet) om tegemoet te komen aan het arrest van het Hof van Justitie van 3 december 2020² waarin het Hof heeft vastgesteld dat een aantal bepalingen van de richtlijnen 2009/72/EG³ en 2009/73/EG⁴ foutief zijn omgezet in het Belgische recht.

Een eerste schending betreft artikel 9, lid 1, onder a), van zowel richtlijn 2009/72/EG als richtlijn 2009/73/EG, doordat het Belgische recht niet in alle gevallen vereist dat de netbeheerder eigenaar is van zijn volledige net. Wat de Elektriciteitswet betreft wordt daaraan tegemoetgekomen door een aanpassing van artikel 10, § 1, van de Elektriciteitswet, dat voortaan – weliswaar rechtstreeks of onrechtstreeks – volledige eigendom van het net vereist (artikel 5 van het voorontwerp), en van de regels over de onrechtstreekse eigendom in artikel 9*bis* van die wet (artikel 3 van het voorontwerp). Artikel 14 van het voorontwerp wijzigt artikel 8, § 2, van de Gaswet om ook daar te voorzien in de vereiste dat de netbeheerder het volledige vervoersnet gesitueerd binnen het nationale grondgebied in eigendom moet hebben.

De tweede schending betreft de bevoegdheid van de regulator om zelf maatregelen te kunnen nemen bij schending van de mededingingsregels en prijsmanipulatie door energiebedrijven. Daartoe worden de bevoegdheden van de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) aangepast in de artikelen 23*bis* en 23*ter* van de Elektriciteitswet (artikelen 10 en 11 van het voorontwerp) en in de artikelen 15/14*bis* en 15/14*ter* van de Gaswet (artikelen 18 en 19 van het voorontwerp). Die aanpassingen geven ook aanleiding tot verdere wijzigingen in de artikelen 26 en 31 van de Elektriciteitswet (artikelen 12 en 13 van het voorontwerp) en in de artikelen 15/16 en 20/2 van de Gaswet (artikelen 20 en 21 van het voorontwerp).

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

² HvJ 3 december 2020, *Commissie t. België*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984.

³ Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’. Deze richtlijn is intussen vervangen door 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’, zodat de nieuw ontworpen bepalingen aan die richtlijn moeten worden getoetst.

⁴ Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG’.

De derde schending heeft betrekking op de omstandigheid dat de CREG, in strijd met artikel 37, lid 6, onder a) tot c), en lid 9, van richtlijn 2009/72/EG en met artikel 41, lid 6, onder a) tot c), en lid 9, van richtlijn 2009/73/EG, niet over de exclusieve bevoegdheid beschikt over de goedkeuring of de vaststelling van de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake aansluiting op en toegang tot nationale netwerken en de voorwaarden inzake de verstrekking van balanceringsdiensten, nu die aspecten thans bij het door de Koning vastgesteld technisch reglement worden geregeld. Om daaraan tegemoet te komen wordt artikel 11 van de Elektriciteitswet gewijzigd, zodat de aan de CREG voorbehouden aangelegenheden voortaan uit het technisch reglement worden gelicht en apart worden vastgesteld door de regulator in de vorm van een “gedragscode” (artikel 6 van het voorontwerp). In het verlengde daarvan wijzigt artikel 7 van het voorontwerp artikel 15 van de Elektriciteitswet om in een goedkeuringstoezicht door de CREG te voorzien met betrekking tot de door de netbeheerder voorgestelde voorwaarden en procedures voor de verlening van het recht op toegang tot en aansluiting op het transmissienet. In artikel 15/5*undecies* van de Gaswet wordt het vaststellen van de gedragscode voortaan aan de regulator toegekend (artikel 16 van het voorontwerp). Bovendien wordt artikel 15/14 van de Gaswet gewijzigd om de regulator bevoegd te maken voor het vaststellen van de voorwaarden voor de aansluiting op en de toegang tot de vervoersnetten en de LNG-installaties, de voorwaarden inzake de verstrekking van balanceringsdiensten, en de voorwaarden inzake de toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur, inclusief de procedures voor de toewijzing van capaciteit en congestiebeheer (artikel 17 van het voorontwerp).

2.2. Daarnaast voorziet het voorontwerp in de omzetting van artikel 18 van richtlijn (EU) 2019/944 met betrekking tot de facturering. Daartoe wijzigt artikel 8 van het voorontwerp artikel 18 van de Elektriciteitswet. Een parallelle wijziging – hoewel niet vereist door de richtlijn – wordt doorgevoerd in artikel 15/5*bis* van de Gaswet (artikel 15 van het voorontwerp).

2.3. Voorts worden in artikel 11 van de Elektriciteitswet ook een aantal bepalingen gewijzigd met het oog op de uitvoering van de Europese netcodes⁵ (artikel 6 van het voorontwerp).

2.4. Aangezien op die manier de taken van de CREG worden gewijzigd, worden de nieuwe taken ook toegevoegd aan artikel 23 van de Elektriciteitswet (artikel 9 van het voorontwerp) en artikel 15/14 van de Gaswet (artikel 17 van het voorontwerp).

⁵ Verordening (EU) 2016/631 van de Commissie van 14 april 2016 ‘tot vaststelling van een netcode betreffende eisen voor de aansluiting van elektriciteitsproducenten op het net’; verordening (EU) 2016/1388 van de Commissie van 17 augustus 2016 ‘tot vaststelling van een netcode voor aansluiting van verbruikers’; verordening (EU) 2016/1447 van de Commissie van 26 augustus 2016 ‘tot vaststelling van een netcode betreffende eisen voor de aansluiting op het net van hoogspanningsgelijkstroomssystemen en op gelijkstroom aangesloten power park modules’; verordening (EU) 2017/2196 van de Commissie van 24 november 2017 ‘tot vaststelling van een netcode voor de noodtoestand en het herstel van het elektriciteitsnet’.

2.5. Overeenkomstig artikel 22 van het voorontwerp treedt de aan te nemen wet in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, behalve de artikelen 6, 9, 16 en 17 ervan, die in werking treden op de eerste dag van de twaalfde maand na de bekendmaking ervan, tenzij de Koning op voorstel van de CREG een eerdere inwerkingtredingsdatum zou bepalen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Het voorontwerp komt wat betreft het eigendomsvereiste gedeeltelijk tegemoet aan het voormelde arrest van het Hof van Justitie, in die zin dat de netbeheerder voortaan het volledige net in eigendom moet hebben, maar behoudt de mogelijkheid van indirecte controle waarbij de netbeheerder alle aandelen, op twee na, bezit van dochterondernemingen die delen van het net in eigendom of bezit hebben. Van een dergelijke vorm van indirecte eigendom wordt weliswaar geen gewag gemaakt in de richtlijnen 2009/72/EG, 2009/73/EG en (EU) 2019/944, maar hij lijkt in de feiten wel te zijn aanvaard door de Europese Commissie zoals blijkt uit de certificering van Elia en Fluxys als netbeheerders, en is door het Hof van Justitie niet verworpen,⁶ aangezien het de mogelijkheid dat het transmissienet voor 100% via een dochteronderneming kan worden gecontroleerd, lijkt te hebben opengelaten.⁷

3.1. Niettemin moet worden opgemerkt dat de wet nog steeds uitgaat van de foute premisse dat het hele Belgische net in handen van één netbeheerder moet zijn. De richtlijnen⁸ schrijven immers voor dat de eigenaar van *een* transmissienet moet handelen als een netbeheerder, zodat er daadwerkelijk meerdere netwerken kunnen zijn met elk een eigen eigenaar die handelt als transmissienetbeheerder. Het ontworpen artikel 10 van de Elektriciteitswet laat slechts de certificering toe van één onderneming als netbeheerder, namelijk “de onderneming die rechtstreeks dan wel onrechtstreeks bezitter of eigenaar is van het volledige transmissienet”. In het ontworpen artikel 8, § 2, van de Gaswet wordt nog explicieter gesteld dat de kandidaat-beheerder van het vervoersnet “het volledige vervoersnet gesitueerd binnen het nationale grondgebied” moet bezitten.

3.2. Reeds bij de initiële omzetting van richtlijn 2009/72/EG heeft de Raad van State daarover al het volgende voorbehoud geformuleerd:

“13. Volgens het huidige artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet is er voor België één enkele transmissienetbeheerder. Deze bepaling wordt door de stellers van het ontwerp gehandhaafd. Ook al sluit richtlijn 2009/72/EG de beperking tot één enkele beheerder voor het hele transmissienet van een lidstaat formeel niet uit, toch rijst de vraag of de openstelling van de elektriciteitsmarkt, zoals die onder meer door richtlijn 2009/72/EG wordt beoogd, niet inhoudt dat het beheer van de transmissienetten niet kan worden beperkt tot één enkel bedrijf. Bovendien kan het in de toekomst wenselijk

⁶ In het arrest wordt weliswaar – terecht – gesteld dat een administratieve praktijk geen alternatief is voor een correcte omzetting, maar er wordt niet gesuggereerd dat de Europese Commissie en de regulator inhoudelijk fout zouden zijn, zie HvJ 3 december 2020, *Commissie t. België*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984, punten 57-58.

⁷ *Ibid.*, punt 55.

⁸ Voor elektriciteit, artikel 43, lid 1, onder a), van richtlijn (EU) 2019/944 (vroeger artikel 9, lid 1, onder a), van richtlijn 2009/72/EG). Voor gas, zie artikel 9, lid 1, onder a), van richtlijn 2009/73/EG.

blijken om bepaalde onderdelen van het transmissienet apart te laten beheren. De stellers van het ontwerp wordt dan ook aangeraden om hun keuze om slechts één transmissienetbeheerder toe te laten, te heroverwegen in het licht van deze gegevens.

(...)

20. Overeenkomstig het ontworpen artikel 9bis, § 1, vierde lid, van de elektriciteitswet mogen de statuten van de dochterondernemingen van de netbeheerder en de aandeelhoudersovereenkomsten geen bijzondere rechten toekennen aan ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie en/of de levering van elektriciteit. Aangezien er overeenkomstig artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet slechts één transmissienetbeheerder is voor België⁹, dient die transmissienetbeheerder het hele transmissienet in eigendom te hebben, gelet op artikel 9, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG. In de mate dat de ontworpen regeling ervan uit lijkt te gaan dat ook door middel van dochterondernemingen kan voldaan worden aan het vereiste dat de enige transmissienetbeheerder eigenaar moet zijn van het volledige transmissienet, is ze strijdig met de aangehaalde richtlijnbevestiging. Indien daarentegen verscheidene transmissienetbeheerders zouden worden toegestaan, is het denkbaar dat een deel van het transmissienet, dat eigendom is van een dochteronderneming, door die dochteronderneming wordt beheerd, op voorwaarde dat die dochteronderneming afzonderlijk wordt gecertificeerd en aangewezen als transmissienetbeheerder en zich als een autonome transmissienetbeheerder gedraagt.

De ontworpen bepaling en mogelijk ook artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet dienen dan ook grondig te worden herzien in het licht van de bovenstaande opmerkingen.”¹⁰

3.3. Naar aanleiding van de totstandkoming van het wettelijk kader voor het *Modular Offshore Grid (MOG)* wees de Raad van State nogmaals op deze kwestie en stelde hij dat de omkering van de logica van de richtlijn leidt tot een schending van de vrijheid van vestiging:

“9. Het ontworpen artikel 7, § 3, van de Elektriciteitswet regelt de bouw van het MOG en de overdracht aan de netbeheerder. Er wordt in bepaald dat het MOG kan worden gebouwd door de netbeheerder of door een derde op initiatief of op verzoek van de netbeheerder en mits het akkoord van de netbeheerder. In dat laatste geval verwerft de netbeheerder er het bezit van uiterlijk twaalf maanden na de ingebruikstelling van de betrokken installaties. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) bepaalt de waarde van de installaties en de voorwaarden van de overdracht ervan aan de netbeheerder.

De aldus ontworpen regeling spoort echter niet met richtlijn 2009/72/EG¹¹ en de vrijheid van vestiging.

⁹ Voetnoot 16 van het aangehaalde advies: Zie daarover evenwel opmerking 13.

¹⁰ Adv.RvS 49.570/3 van 31 mei 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 8 januari 2012 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1725/001, 275 en 278 (opmerkingen 13 en 20).

¹¹ Voetnoot 8 van het aangehaalde advies: Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’.

In de eerste plaats vertrekt het ontwerp, zoals de Europese Commissie in haar met redenen omkleed advies met betrekking tot de Belgische omzetting van het derde energiepakket heeft opgemerkt,¹² vanuit de foutieve premisse dat er slechts één transmissienetbeheerder kan zijn, die het volledige net in eigendom bezit.¹³ De richtlijn gaat echter uit van de regel dat iedereen die in het bezit is van een transmissienet, handelt als een netbeheerder.¹⁴ Dat betekent dat verschillende delen van het transmissienet in handen kunnen zijn van verschillende, afzonderlijk te certificeren netbeheerders, wat meer in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging. Die foute premisse kan bijgevolg de verplichting het MOG binnen twaalf maanden na de ingebruikneming ervan over te dragen aan de netbeheerder niet verantwoorden.

In de tweede plaats laat de ontworpen regeling de mogelijkheid open om derden te laten participeren in de bouw van het MOG. Het kan gaan om domeinconcessiehouders, waardoor het mogelijk is dat (minstens)¹⁵ tot twaalf maanden na de ingebruikstelling de ontvlechtigingsvereisten van artikel 9 van de richtlijn niet worden nageleefd. Vanuit dit perspectief van mogelijke strijdigheid met de richtlijn is het echter te begrijpen dat die situatie niet lang mag duren en dat het MOG uiteindelijk moet worden overgedragen aan de transmissienetbeheerder. Die aanpak strookt evenwel hoe dan ook niet met de richtlijn, omdat in die hypothese de ontvlechtigingsvereisten tijdelijk niet moeten worden nageleefd. Indien de derden die het MOG hebben gebouwd of die aan de bouw ervan hebben meegewerkt wel aan de ontvlechtigingsvereisten voldoen, is er echter geen noodzaak om de overdracht verplicht te stellen. In dat geval kan de bezitter van het netwerk zelf als netbeheerder van het MOG worden gecertificeerd.

Indien een onderneming die aan de ontvlechtigingsvereisten voldoet, zich zou aanbieden voor het bouwen en exploiteren van het MOG, is het overigens niet evident dat de netbeheerder zich daartegen kan verzetten, zoals nochtans voortvloeit uit het ontworpen artikel 7, § 3, eerste lid, van de Elektriciteitswet. Dit probleem lijkt echter het gevolg te zijn van artikel 13/1 van de Elektriciteitswet, dat de domeinconcessie voor de bouw van een transmissienet op zee voorbehoudt aan de netbeheerder, zodat die als enige de eindverantwoordelijkheid voor het MOG moet dragen. Ook die bepaling zou dus moeten worden herzien in het licht van de bezwaren van de Europese Commissie.

In de derde plaats wordt de beheerder van het MOG in de tijd tussen de ingebruikstelling van het MOG en de overdracht ervan aan de netbeheerder blijkbaar niet afzonderlijk gecertificeerd, en zou hij daar in voorkomend geval, gelet op de schending van de ontvlechtigingsvereisten, ook niet voor in aanmerking kunnen komen. Omgekeerd houdt de overdracht van het MOG aan de netbeheerder eveneens een voor de certificering betekenisvol feit in.

¹² Voetnoot 9 van het aangehaalde advies: Met redenen omkleed advies 'gericht tot het Koninkrijk België krachtens artikel 258 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wegens de onjuiste omzetting van Richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor, respectievelijk, elektriciteit en aardgas' (document "C(2016) 997 final" van 25 februari 2016 – inbreukprocedure nr. 2014/2189), randnr. 25 e.v.

¹³ Voetnoot 10 van het aangehaalde advies: Zie ook adv.RvS 59.901/3 van 3 oktober 2016 over een voorontwerp van wet 'houdende diverse bepalingen inzake energie', in het bijzonder voetnoot 7, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2188/001, (34) 38.

¹⁴ Voetnoot 11 van het aangehaalde advies: Artikel 9, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG.

¹⁵ Voetnoot 12 van het aangehaalde advies: Ook daarna kunnen de gevolgen zich echter nog laten voelen, gedurende de financiële afwikkeling van de overdracht van het MOG.

Het ontwerp moet bijgevolg worden herwerkt om de regeling in overeenstemming te brengen met de systematiek van de certificering en met de autonome rol die de regulator daar overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de richtlijn bij heeft.”¹⁶

3.4. De Raad van State moet dan ook een voorbehoud formuleren bij de omkering van de logica waarbij het eigenaarschap van een transmissienet of vervoersnet als dusdanig niet vereist dat men zich als netbeheerder laat certificeren, maar waarbij de gecertificeerde netbeheerder eigenaar moet zijn van het hele Belgische transmissienet of vervoersnet. Het gaat niet om een academische kwestie, aangezien de voorbeelden van het *Modular Offshore Grid* (MOG) en de historische verbrokkeling van de eigendom van het vervoersnet aantonen dat het niet ondenkbaar is dat minstens een deel van dat net eigendom kan zijn van een andere onderneming, die dan *eveneens* als netbeheerder *kan en moet* worden gecertificeerd.

4. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet hoe artikel 5 van richtlijn 2009/72/EG, dat het mogelijk maakte voor lidstaten om minimeisen inzake veiligheid vast te stellen voor installaties die op het transmissienet worden aangesloten, is opgeheven door artikel 72 van richtlijn (EU) 2019/944, zonder dat er een alternatief voor in de plaats is gekomen. Aangezien het een aangelegenheid betreft die tot de gedeelde bevoegdheden behoort, vloeit uit artikel 2, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie voort dat die bevoegdheid dan in elk geval terugkeert naar de lidstaten, zodat ermee kan worden ingestemd dat de Belgische regelgever na het wegvallen van de richtlijnbevestiging die die toelating voor de lidstaten bevatte, nog steeds bevoegd is om dergelijke veiligheidseisen vast te stellen. Voor zover er geen Europese norm is die het vaststellen daarvan voorbehoudt aan de regulator,¹⁷ kan het vaststellen van die normen bijgevolg aan de Koning worden toevertrouwd.

De Koning zal die bevoegdheden niettemin moeten uitoefenen op een wijze die verenigbaar is met de Europese netcodes en zal daarbij het vrij verkeer van goederen in acht moeten nemen. Dat betekent onder meer dat bij afwezigheid van geharmoniseerde normen de veiligheidsvoorschriften in kwestie zullen moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig de richtlijn technische voorschriften.¹⁸ Aangezien het ontworpen artikel 11 van de Elektriciteitswet slechts de rechtsgrond creëert voor dergelijke voorschriften, maar die als

¹⁶ Adv.RvS 60.379/3 van 9 december 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot wet van 13 juli 2017 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, met het oog op het instellen van een wettelijk kader voor het Modular Offshore Grid’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2489/001, 34-35 (opmerking 9).

¹⁷ In dat verband moet worden vastgesteld dat de mogelijkheid om een andere autoriteit dan de regulator aan te wijzen om bepaalde normen vast te stellen, afhangt van de specifieke aangelegenheid, waarbij zelfs binnen eenzelfde artikel van de verordening verschillende scenario's aan de orde kunnen zijn (zie daarover al eerder adv.RvS 64.737/3 van 26 november 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 12 december 2018 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe om de goedkeuring vast te leggen van de beschermingsplannen en de herstelplannen alsook van de punten c), d) en g) van artikel 4, lid 2, van Verordening (EU) 2017/2196 van 24 november 2017 tot vaststelling van een netcode voor de noodtoestand en het herstel van het elektriciteitsnet’). Het staat aan de stellers van het ontwerp om de delegaties aan de Koning voldoende precies af te bakenen, of om – zoals in het ontwerp 11, tweede lid, 8°, van de Elektriciteitswet – nieuwe subdelegaties aan de regulator mogelijk te maken.

¹⁸ Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 ‘betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij’.

dusdanig nog niet invoert, is er echter geen reden om het voorliggende voorontwerp zelf aan te melden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5. De nummering van de nieuwe bij artikel 2 van het voorontwerp toe te voegen definities moet worden aangepast aan de recente toevoeging van definities aan artikel 2 van de Elektriciteitswet door 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’. Bijgevolg moeten de nieuwe definities vernummerd worden van 93° tot 99°.

Artikel 6

6. Artikel 6, 8°, van het voorontwerp strekt tot de uitvoering van de Europese netcodes. Aangezien de betrokken verordeningen al van kracht zijn, is de verdere tenuitvoerlegging ervan spoedeisend, in het bijzonder op die punten waarvoor de regulator bevoegd moet worden gemaakt.¹⁹

7. De punten 11°, 12° en 13° van artikel 6 van het voorontwerp moeten worden vernummerd tot 9°, 10° en 11°.

Artikel 9

8. Het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 46° en 47°, van de Elektriciteitswet voorziet in een verplicht overleg met de Algemene Directie Energie en/of de netbeheerder. Gelet op artikel 57, lid 4, onder b), ii), van richtlijn (EU) 2019/944 mag de regulator “bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten”. Dat verbod wordt door die richtlijnbevestiging weliswaar genuanceerd in die zin dat “[e]ventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 59 genoemde reguleringstaken” niet uitgesloten wordt, maar het is duidelijk dat het overleg hier wel degelijk betrekking heeft op een reguleringstaak, namelijk zoals bedoeld bij artikel 59, lid 7, van richtlijn (EU) 2019/944. De ontworpen bepalingen moeten dan ook worden heroverwogen in het licht van die richtlijnbevestiging. Er lijkt alleszins geen bezwaar tegen te bestaan dat een dergelijk overleg in de feiten plaatsvindt, maar wel tegen een verplichting zoals in de ontworpen bepalingen.

¹⁹ Zie voetnoot 17.

Artikel 22

9. Overeenkomstig artikel 22 van het voorontwerp treedt de aan te nemen wet (met uitzondering van de artikelen 6, 9, 16 en 17) in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

In zoverre de bepalingen tegemoetkomen aan het voormelde arrest van het Hof van Justitie van 3 december 2020 kan de onmiddellijke inwerkingtreding worden verantwoord door de doelstelling om zo snel mogelijk een einde te stellen aan de in opmerking 2.1 geschetste inbreuken. Dit geldt echter niet voor alle bepalingen van het voorontwerp waarvoor die onmiddellijke inwerkingtreding wordt voorgeschreven. Zo is de regeling in artikel 8 van het voorontwerp met betrekking tot de facturering voor de elektriciteitsfactuur eigenlijk een omzetting van richtlijn (EU) 2019/944, die buiten dat arrest viel, en is de parallelle regeling in artikel 15 van het voorontwerp met betrekking tot de facturering voor de gasfactuur zelfs niet voorgeschreven door richtlijn 2009/73/EG. Er moet dan ook een meer uitgebreide verantwoording worden gegeven voor de onmiddellijke inwerkingtreding.

De inwerkingtreding van de bepalingen met betrekking tot het technisch reglement en de bijhorende bevoegdheden van de regulator, die wel het voorwerp uitmaakten van de inbreukprocedure, worden bovendien pas nog met maximaal een jaar uitgesteld.

Er moet in dat verband worden opgemerkt dat de Raad van State recent nog heeft vastgesteld dat er, gelet op het al aangehaalde arrest van het Hof van Justitie²⁰, een vacuüm is ontstaan, waardoor op dit ogenblik noch de Koning, noch de CREG bevoegd zijn om bepaalde wijzigingen aan het technisch reglement met betrekking tot de toegang tot het net door te voeren. Zo stelde de Raad recent nog het volgende over een ontwerp dat de toegangsregels in het koninklijk besluit van 22 april 2019 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’ beoogde aan te scherpen met het oog op de implementatie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme:

“3.3. Het merendeel van de in het ontwerp vervatte wijzigingen kunnen worden betrokken op aangelegenheden die, zoals in voornoemd arrest wordt uitgelegd, binnen de exclusieve bevoegdheid van de CREG vallen. Voor het aannemen van het voorliggende ontwerpbesluit kan dan ook door de Koning niet langer een beroep worden gedaan op artikel 11 van de Elektriciteitswet zonder daarbij in strijd te handelen met (het thans geldende) artikel 59, lid 7, van richtlijn (EU) 2019/944. Aangezien echter ook de CREG niet gemachtigd is om rechtstreeks met toepassing van die richtlijn verplichtingen op te leggen aan particulieren in weerwil van strijdige bepalingen van nationaal recht,²¹ moet worden geconcludeerd dat eerst artikel 11 van de Elektriciteitswet in overeenstemming moet worden gebracht met de richtlijn, alvorens de ontworpen wijzigingen door de in overeenstemming met de richtlijn bevoegde regelgever kunnen worden tot stand gebracht.

²⁰ HvJ 3 december 2020, *Commissie t. België*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984, punten 99-115.

²¹ Voetnoot 6 van het aangehaalde advies: HvJ 24 juni 2019, *Popławski*, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punten 59-67.

3.4. De gemachtigde stelde dienaangaande nog het volgende:

‘Het voorontwerp van wet dat tegemoetkomt aan arrest HvJ 3 december 2020, Commissie t. België, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984 werd op 1 april laatsleden in de rol van de afdeling wetgeving ingeschreven met als rolnummer 69.159.^[22] Zodra het wetsontwerp aangenomen is zal het hele koninklijk besluit van 22 april 2019 herzien moeten worden. Het voorontwerp voorziet daarvoor een overgangstermijn tot de eerste dag van de twaalfde maand na die waarin ze is gepubliceerd in het Staatsblad, een termijn die door de Koning op voorstel van de CREG kan ingekort worden. In afwachting daarvan blijft het KB van 22 april 2019 gelden, en vandaar ook de voorgestelde wijziging van dat KB.’

3.5. Of met het aangehaalde voorontwerp van wet wel degelijk wordt tegemoetgekomen aan het voornoemde arrest, zal te gepasten tijde worden beoordeeld naar aanleiding van het onderzoek ervan. In elk geval dient de Raad van State, afdeling Wetgeving, thans te oordelen dat het voorliggende ontworpen besluit op grond van het huidige artikel 11 van de Elektriciteitswet niet door de Koning op een met het Europese recht conforme wijze kan worden genomen. Het ontwerp kan dan ook in de huidige stand van de wetgeving geen doorgang vinden. Om die reden ziet de afdeling Wetgeving af van een nader onderzoek ervan.^{”23}

Het voorontwerp van wet waarnaar in dat advies wordt verwezen is het voorliggende voorontwerp, dat inderdaad de bevoegdheden van de regulator aanzienlijk uitbreidt. Aangezien die bevoegdheidsuitbreiding echter niet onmiddellijk gebeurt en ook de nieuwe gedragscodes nog even op zich zullen laten wachten, moet worden voorzien in een overgangsregeling waarbij de CREG wordt gemachtigd om – in afwachting van de totstandkoming van de nieuwe gedragscodes – het bestaande technische reglement voor het transmissienet en de bestaande gedragscode voor het vervoersnet te wijzigen op die punten waarvoor het voorliggende voorontwerp de CREG bevoegd beoogt te maken, in overeenstemming met de Europese richtlijnen.

Dat neemt niet weg dat het tegelijkertijd wel degelijk zinvol is om de inwerkingtreding van de definitieve bepalingen nog uit te stellen. De inwerkingtreding ervan zal immers moeten worden afgestemd op het moment dat zowel de Koning als de CREG klaar zijn met hun ontwerpen van technisch reglement respectievelijk gedragscode, zodat de nieuwe regeling in werking treedt samen met de uitsplitsing van het bestaande technisch reglement voor het transmissienet in een technisch reglement en een gedragscode overeenkomstig het ontworpen artikel 11 van de Elektriciteitswet, en de uitsplitsing van de gedragscode voor het vervoersnet in een gedragscode overeenkomstig het ontworpen 15/5*undecies*, § 1, van de Gaswet en een koninklijk besluit overeenkomstig het ontworpen 15/5*undecies*, § 1/1, van de Gaswet.

²² Voetnoot 7 van het aangehaalde advies: Adviesaanvraag 69.159/3 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 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’.

²³ Adv.RvS 69.018/3 van 14 april 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 april 2019 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, wat betreft de minimum inhoud van het type-aansluitingscontract bedoeld in artikel 169 en tot wijziging van de procedure tot behandeling van een aansluitingsaanvraag rekening houdende met het capaciteitsvergoedingsmechanisme’, opmerkingen 3.3 tot 3.5.

In afwachting daarvan kan de CREG worden gemachtigd om de betrokken koninklijke besluiten te wijzigen, althans binnen de bevoegdheden die ze als regulator heeft overeenkomstig het Europees recht. Het is immers enkel binnen die perken dat de grondwettigheidsbezwaren tegen de delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een openbare instelling niet gelden, gelet op de overdracht aan de Europese Unie, overeenkomstig artikel 34 van de Grondwet, van de bevoegdheid om de rol van de regulatoren op de energiemarkt vorm te geven.

10. In het tweede lid van artikel 22 van het voorontwerp schrijve men “de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas” in plaats van “de commissie”.

*

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

2.1. L'avant-projet de loi soumis pour avis apporte tout d'abord un certain nombre de modifications à la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) et à la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (ci-après : la loi sur le gaz) afin de donner suite à l'arrêt de la Cour de justice du 3 décembre 2020 ² dans lequel cette dernière a constaté qu'un certain nombre de dispositions des directives 2009/72/CE ³ et 2009/73/CE ⁴ n'ont pas été transposées correctement en droit belge.

Le premier manquement concerne l'article 9, paragraphe 1, point a), de la directive 2009/72/CE et de la directive 2009/73/CE, en ce que le droit belge n'exige pas dans tous les cas que le gestionnaire de réseau soit propriétaire de la totalité de son réseau. En ce qui concerne la loi sur l'électricité, l'avant-projet y remédie en adaptant l'article 10, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité, qui requiert dorénavant que le gestionnaire soit propriétaire de l'ensemble du réseau – certes, directement ou indirectement – (article 5 de l'avant-projet), ainsi que les règles relatives à la propriété indirecte à l'article 9bis de cette loi (article 3 de l'avant-projet). L'article 14 de l'avant-projet modifie l'article 8, § 2, de la loi sur le gaz afin d'y prévoir également la condition que le gestionnaire de réseau soit propriétaire de l'ensemble du réseau de transport situé sur le territoire national.

Le deuxième manquement concerne la compétence permettant au régulateur de prendre lui-même des mesures en cas de violation des règles de concurrence et de manipulation des prix par les entreprises du secteur énergétique. À cet effet, les compétences de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) sont adaptées dans les articles 23bis et 23ter de la loi sur l'électricité (articles 10 et 11 de l'avant-projet) ainsi que dans les articles 15/14bis et 15/14ter de la loi sur le gaz (articles 18 et 19 de l'avant-projet). Ces adaptations donnent également lieu à d'autres modifications dans les articles 26 et 31 de la loi sur l'électricité (articles 12 et 13 de l'avant-projet) ainsi que dans les articles 15/16 et 20/2 de la loi sur le gaz (articles 20 et 21 de l'avant-projet).

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

² C.J.U.E., 3 décembre 2020, *Commission c. Belgique*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984.

³ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE'. Cette directive a entre-temps été remplacée par 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', si bien que les nouvelles dispositions en projet devront être examinées au regard de cette directive.

⁴ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE'.

Le troisième manquement concerne la circonstance qu'en violation de l'article 37, paragraphe 6, points a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/72/CE et de l'article 41, paragraphe 6, points a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/73/CE, la CREG ne dispose pas de la compétence exclusive pour approuver ou fixer les méthodes utilisées pour calculer ou établir les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux et les conditions de la prestation de services d'ajustement, étant donné que ces aspects sont actuellement réglés par le règlement technique établi par le Roi. Afin d'y remédier, l'article 11 de la loi sur l'électricité est modifié, afin que les matières réservées à la CREG soient dorénavant retirées du règlement technique et fixées séparément par le régulateur sous la forme d'un « code de bonne conduite » (article 6 de l'avant-projet). Dans la foulée, l'article 7 de l'avant-projet modifie l'article 15 de la loi sur l'électricité pour prévoir un contrôle d'approbation par la CREG en ce qui concerne les conditions et procédures proposées par le gestionnaire de réseau pour l'octroi du droit d'accès et de raccordement au réseau de transport. À l'article 15/5*undecies* de la loi sur le gaz, l'établissement du code de bonne conduite est désormais confié au régulateur (article 16 de l'avant-projet). En outre, l'article 15/14 de la loi sur le gaz est modifié pour octroyer au régulateur la compétence de déterminer les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux de transport et aux installations de GNL, les conditions en matière de prestation de services d'ajustement et les conditions en ce qui concerne l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion (article 17 de l'avant-projet).

2.2. Par ailleurs l'avant-projet transpose l'article 18 de la directive (UE) 2019/944 en ce qui concerne la facturation. L'article 8 de l'avant-projet modifie à cet effet l'article 18 de la loi sur l'électricité. Une modification parallèle est apportée à l'article 15/5*bis* de la loi sur le gaz (article 15 de l'avant-projet), et ce bien que cette modification ne soit pas requise par la directive.

2.3. L'avant-projet modifie aussi un certain nombre de dispositions de l'article 11 de la loi sur l'électricité en vue de l'exécution des codes de réseau européens⁵ (article 6 de l'avant-projet).

2.4. Dès lors que les missions de la CREG se trouvent ainsi modifiées, les nouvelles missions sont aussi ajoutées à l'article 23 de la loi sur l'électricité (article 9 de l'avant-projet) et à l'article 15/14 de la loi sur le gaz (article 17 de l'avant-projet).

2.5. Conformément à l'article 22 de l'avant-projet, la loi à adopter entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge, sauf les articles 6, 9, 16 et 17 qui entrent en vigueur le premier jour du douzième mois qui suit sa publication, à moins que le Roi, sur proposition de la CREG, fixe une date d'entrée en vigueur antérieure.

⁵ Règlement (UE) 2016/631 de la Commission du 14 avril 2016 'établissant un code de réseau sur les exigences applicables au raccordement au réseau des installations de production d'électricité'; règlement (UE) 2016/1388 de la Commission du 17 août 2016 'établissant un code de réseau sur le raccordement des réseaux de distribution et des installations de consommation'; règlement (UE) 2016/1447 de la Commission du 26 août 2016 'établissant un code de réseau relatif aux exigences applicables au raccordement au réseau des systèmes en courant continu à haute tension et des parcs non synchrones de générateurs raccordés en courant continu'; règlement (UE) 2017/2196 de la Commission du 24 novembre 2017 'établissant un code de réseau sur l'état d'urgence et la reconstitution du réseau électrique'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. En ce qui concerne la condition de propriété, l'avant-projet répond partiellement à l'arrêt précité de la Cour de justice, en ce sens que le gestionnaire de réseau doit dorénavant être propriétaire de la totalité du réseau, mais que la possibilité de contrôle indirect subsiste, le gestionnaire de réseau possédant tous les titres, à l'exception de deux, des filiales qui sont les propriétaires ou les possesseurs de parties du réseau. S'il n'est pas fait mention de cette forme de propriété indirecte dans les directives 2009/72/CE, 2009/73/CE et (UE) 2019/944, elle semble être admise, dans les faits, par la Commission européenne, ainsi qu'il ressort de la certification d'Elia et de Fluxys en tant que gestionnaires de réseau, et elle n'est pas rejetée par la Cour de justice ⁶, puisque celle-ci semble avoir accepté la possibilité que le réseau de transport puisse être contrôlé à 100% par une filiale ⁷.

3.1. Force est cependant de constater que la loi se base toujours sur la prémisse erronée selon laquelle la totalité du réseau belge devrait être détenue par un seul gestionnaire de réseau. En effet, les directives ⁸ prescrivent que le propriétaire d'un réseau de transport doit agir en qualité de gestionnaire de réseau, de sorte qu'il peut effectivement y avoir plusieurs réseaux qui ont chacun leur propre propriétaire qui agit en tant que gestionnaire de réseau de transport. L'article 10, en projet, de la loi sur l'électricité ne permet la certification que d'une seule entreprise en tant que gestionnaire de réseau, à savoir « l'entreprise qui est propriétaire ou possesseur, directement ou indirectement, de l'ensemble du réseau de transport ». L'article 8, § 2, en projet, de la loi sur le gaz dispose encore plus explicitement que le candidat gestionnaire de réseau de transport doit être propriétaire « de l'ensemble du réseau de transport situé sur le territoire national ».

3.2. À l'occasion de la transposition initiale de la directive 2009/72/CE, le Conseil d'État avait déjà formulé, à cet égard, l'observation suivante :

« 13. Selon l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, actuel, de la loi sur l'électricité, la Belgique ne connaît qu'un seul gestionnaire du réseau de transport. Les auteurs du projet maintiennent cette disposition. Même si la directive 2009/72/CE n'exclut pas formellement la limitation à un gestionnaire unique pour l'ensemble du réseau de transport d'un état membre, on peut toutefois se demander si l'ouverture du marché de l'électricité, comme l'envisage notamment la directive 2009/72/CE, n'emporte pas que la gestion des réseaux de transport ne peut être limitée à une seule entreprise. Par ailleurs, il pourra s'avérer opportun à l'avenir que la gestion de certaines unités du réseau de transport s'opère séparément. Il est dès lors recommandé aux auteurs du projet de reconsidérer, à la lumière de ces éléments, leur choix de n'autoriser qu'un seul gestionnaire de réseau de transport.

⁶ Certes, l'arrêt souligne – à raison – qu'une pratique administrative ne constitue pas une alternative à une transposition correcte, mais il ne suggère pas que la Commission européenne et le régulateur aient commis une erreur sur le fond, voir C.J.U.E., 3 décembre 2020, *Commission c. Belgique*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984, points 57-58.

⁷ *Ibid.*, point 55.

⁸ Pour l'électricité, voir l'article 43, paragraphe 1, point a), de la directive (UE) 2019/944 (anciennement, l'article 9, paragraphe 1, point a), de la directive 2009/72/CE). Pour le gaz, voir l'article 9, paragraphe 1, point a), de la directive 2009/73/CE.

(...)

20. Conformément à l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité, les statuts des filiales du gestionnaire de réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité. Dès lors que conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, il n'existe qu'un seul gestionnaire du réseau de transport pour la Belgique⁹, ce gestionnaire, vu l'article 9, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE, doit être propriétaire de l'ensemble du réseau de transport. Dans la mesure où la disposition en projet semble considérer qu'il peut également être satisfait, par le truchement de filiales, à la condition selon laquelle le gestionnaire unique du réseau de transport doit être propriétaire de l'ensemble de ce réseau, cette disposition est contraire à la disposition précitée de la directive. Par contre, si l'on acceptait différents gestionnaires du réseau de transport, on pourrait concevoir qu'une partie de ce réseau, qui est la propriété d'une filiale, soit gérée par celle-ci, à condition que cette filiale soit certifiée et désignée séparément comme gestionnaire du réseau de transport et se comporte comme un gestionnaire autonome de ce dernier.

La disposition en projet et éventuellement aussi l'article 8, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité devront dès lors être fondamentalement revus à la lumière des observations qui précèdent »¹⁰.

3.3. À l'occasion de la mise en place du cadre légal pour le *Modular Offshore Grid (MOG)*, le Conseil d'État a encore abordé cette question et a observé que l'inversion de la logique suivie par la directive donne lieu à une violation de la liberté d'établissement

« 9. L'article 7, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité règle la construction du MOG et le transfert au gestionnaire de réseau. Il est prévu que le MOG peut être construit par le gestionnaire de réseau ou par un tiers, d'initiative ou à la demande du gestionnaire de réseau et moyennant l'accord de celui-ci. Dans ce dernier cas, le gestionnaire de réseau en acquiert la propriété au plus tard douze mois après la mise en service des installations concernées. La Commission de régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : CREG) détermine la valeur des installations et les modalités de leur transfert au gestionnaire de réseau.

Le dispositif ainsi conçu n'est cependant pas compatible avec la directive 2009/72/CE¹¹ et avec la liberté d'établissement.

Premièrement, comme la Commission européenne l'a observé dans son avis motivé relatif à la transposition belge du troisième paquet énergie¹², le projet se fonde sur une prémisse erronée selon laquelle il ne peut y avoir qu'un gestionnaire de réseau de

⁹ Note de bas de page 16 de l'avis cité : Voir toutefois à ce sujet l'observation 13.

¹⁰ Avis C.E. 49.570/3 du 31 mai 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 8 janvier 2012 'portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', Doc. parl., Chambre, 2010-11, n° 53-1725/001, pp. 275 et 278 (observations 13 et 20).

¹¹ Note de bas de page 8 de l'avis cité : Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE'.

¹² Note de bas de page 9 de l'avis cité : Avis motivé 'adressé au Royaume de Belgique au titre de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en raison de la transposition incorrecte des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE concernant des règles communes pour, respectivement, le marché intérieur de l'électricité et celui du gaz naturel' (document « C(2016) 997 final » du 25 février 2016 – infraction n° 2014/2189), n° 25 et suivants.

transport qui est propriétaire de la totalité du réseau¹³. La directive se base toutefois sur la règle selon laquelle quiconque possède un réseau de transport agit en qualité de gestionnaire de réseau¹⁴. Cela signifie que différentes parties du réseau de transport peuvent appartenir à différents gestionnaires de réseau à certifier distinctement ce qui est plus conforme à la liberté d'établissement. Cette prémisse erronée ne peut par conséquent pas justifier l'obligation de transférer le MOG au gestionnaire de réseau dans les douze mois suivant sa mise en service.

Deuxièmement, le dispositif en projet prévoit la possibilité de faire participer des tiers à la construction du MOG. Il peut s'agir de titulaires d'une concession domaniale, de sorte qu'il est possible que les exigences de dissociation visées à l'article 9 de la directive ne soient pas respectées (au moins)¹⁵ jusqu'à douze mois après la mise en service. Sous l'angle d'une incompatibilité éventuelle avec la directive, l'on comprend toutefois que cette situation ne peut perdurer et que le MOG doit finalement être transféré au gestionnaire de réseau de transport. Toutefois, cette approche n'est en tout cas pas conforme à la directive, en ce que, dans cette hypothèse, les exigences de dissociation ne doivent temporairement pas être respectées. Si les tiers qui ont construit le MOG ou ont participé à sa construction satisfont en revanche aux exigences de dissociation, il n'est cependant pas nécessaire de rendre le transfert obligatoire. Dans ce cas, le propriétaire du réseau peut lui-même être certifié en qualité de gestionnaire de réseau du MOG.

Si une entreprise qui répond aux exigences de dissociation devait se proposer pour la construction et l'exploitation du MOG, il ne semble du reste pas évident que le gestionnaire de réseau puisse s'y opposer, ainsi qu'il découle pourtant de l'article 7, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité. Ce problème semble toutefois résulter de l'article 13/1 de la loi sur l'électricité, qui réserve la concession domaniale pour la construction d'un réseau de transport en mer au gestionnaire de réseau, de sorte que celui-ci doit assumer seul la responsabilité finale du MOG. Cette disposition devrait donc également être revue à la lumière des objections formulées par la Commission européenne.

Troisièmement, le gestionnaire du MOG n'est manifestement pas certifié distinctement dans l'intervalle entre la mise en service du MOG et le transfert de celui-ci au gestionnaire de réseau, et, le cas échéant, ne pourrait dès lors pas non plus entrer en ligne de compte pour une telle certification en raison de la violation des exigences de dissociation. Inversement, le transfert du MOG au gestionnaire de réseau constitue également un fait significatif pour la certification.

Il y a par conséquent lieu de remanier le projet afin que le régime s'accorde avec la systématique de la certification et le rôle autonome que joue le régulateur à cet égard, conformément aux articles 10 et 11 de la directive »¹⁶.

¹³ Note de bas de page 10 de l'avis cité : Voir aussi l'avis C.E. 59.901/3 du 3 octobre 2016 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie', en particulier la note 7, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2188/001, pp. (34) 38.

¹⁴ Note de bas de page 11 de l'avis cité : Article 9, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE.

¹⁵ Note de bas de page 12 de l'avis cité : Cependant, les conséquences peuvent encore se faire sentir après ce délai, pendant le règlement financier du transfert du MOG.

¹⁶ Avis C.E. 60.379/3 du 9 décembre 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juillet 2017 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en vue d'établir un cadre légal pour le Modular Offshore Grid', *Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2489/001, pp. 34-35 (observation 9).

3.4. Le Conseil d'État se doit dès lors d'émettre une réserve quant à l'inversion de la logique selon laquelle le fait d'être propriétaire d'un réseau de transport en tant que tel ne requiert pas que l'on se fasse certifier en tant que gestionnaire de réseau, mais selon laquelle le gestionnaire de réseau certifié doit être propriétaire de l'ensemble du réseau de transport belge. Il ne s'agit pas d'une question purement théorique, dès lors que les exemples du réseau modulaire offshore (MOG) et du fractionnement historique de la propriété du réseau de transport démontrent qu'il n'est pas impensable qu'au moins une partie de ce réseau soit la propriété d'une autre entreprise, qui *peut et doit alors également* être certifiée en tant que gestionnaire de réseau.

4. L'exposé des motifs précise comment l'article 5 de la directive 2009/72/CE, qui permettait aux États membres de déterminer des exigences minimales en matière de sécurité pour des installations raccordées au réseau de transport, a été abrogé par l'article 72 de la directive (UE) 2019/944, sans qu'une alternative ait été prévue pour le remplacer. Dès lors qu'il s'agit d'une matière relevant des compétences partagées, il découle de l'article 2, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que cette compétence revient en tout état de cause aux États membres, de sorte que l'on peut admettre que le législateur belge est toujours compétent pour fixer de telles exigences de sécurité après la suppression de la disposition de la directive qui contenait cette autorisation pour les États membres. Pour autant qu'il n'existe pas de norme européenne qui réserve leur fixation au régulateur¹⁷, il revient par conséquent au Roi de fixer ces normes.

Le Roi devra néanmoins exercer ces compétences d'une manière compatible avec les codes de réseau européens et devra à cet égard prendre en compte la libre circulation des biens. Cela signifie entre autres qu'en l'absence de normes harmonisées, les prescriptions de sécurité en question devront être notifiées à la Commission européenne conformément à la directive sur les réglementations techniques¹⁸. Dès lors que l'article 11, en projet, de la loi sur l'électricité ne fait que créer le fondement juridique de telles prescriptions, mais ne les instaure pas encore en tant que telles, il n'y a toutefois pas lieu de notifier l'avant-projet à l'examen lui-même.

¹⁷ Force est de constater à cet égard que la possibilité de désigner une autorité autre que le régulateur pour fixer certaines normes dépend de la matière spécifique, plusieurs scénarios étant possibles même au sein d'un même article du règlement (voir à ce sujet déjà antérieurement l'avis C.E. 64.737/3 du 26 novembre 2018 sur un projet devenu l'arrêté royal du 12 décembre 2018 'modifiant l'arrêté royal du 19 décembre 2002 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci pour établir l'approbation des plans de défense et de reconstitution ainsi que des points c), d) et g) de l'article 4, paragraphe 2, du Règlement (UE) 2017/2196 de la Commission du 24 novembre 2017 établissant un code de réseau sur l'état d'urgence et la reconstitution du réseau électrique'. Il revient aux auteurs du projet de délimiter les délégations au Roi avec suffisamment de précision, ou – à l'instar de l'article 11, alinéa 2, 8°, en projet, de la loi sur l'électricité – de permettre de nouvelles subdélégations au régulateur.

¹⁸ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 'prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information'.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

5. La numérotation des nouvelles définitions que l'article 2 de l'avant-projet insère doit être adaptée à l'ajout récent de définitions dans l'article 2 de la loi sur l'électricité par 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'. Par conséquent, on renumérottera les nouvelles définitions de 93° à 99°.

Article 6

6. L'article 6, 8°, de l'avant-projet vise à exécuter les codes de réseau européens. Dès lors que les règlements concernés sont déjà en vigueur, la poursuite de leur mise en œuvre est urgente, en particulier en ce qui concerne les points pour lesquels le régulateur doit être habilité¹⁹.

7. On renumérottera les points 11°, 12° et 13° de l'article 6 de l'avant-projet en 9°, 10° et 11°.

Article 9

8. L'article 23, § 2, alinéa 2, 46° et 47°, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit une concertation obligatoire avec la Direction générale de l'Énergie et/ou avec le gestionnaire du réseau. Conformément à l'article 57, paragraphe 4, point b), ii), de la directive (UE) 2019/944, le régulateur ne peut « sollicit[er] ni (...) accept[er] d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation ». Si cette interdiction est nuancée par cette disposition de la directive en ce sens que cette exigence n'exclut pas « une étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées ou d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation prévues à l'article 59 », il est toutefois clair que la concertation porte bien, en l'espèce, sur une tâche de régulation, telle qu'elle est visée notamment à l'article 59, paragraphe 7, de la directive (UE) 2019/944. Les dispositions en projet seront dès lors reconsidérées à la lumière de cette disposition de la directive. En tout état de cause, il ne semble pas exister d'objection à ce qu'une telle concertation ait lieu dans les faits, mais bien contre une obligation telle que celle prévue dans les dispositions en projet.

¹⁹ Voir note de bas de page 17.

Article 22

9. Conformément à l'article 22 de l'avant-projet, la loi à adopter (à l'exception des articles 6, 9, 16 et 17) entrera en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

Dans la mesure où les dispositions répondent à l'arrêt précité de la Cour de justice du 3 décembre 2020, l'entrée en vigueur immédiate peut être justifiée par l'objectif consistant à mettre fin le plus rapidement possible aux infractions évoquées dans l'observation 2.1. Cette justification ne vaut cependant pas pour toutes les dispositions de l'avant-projet pour lesquelles cette entrée en vigueur immédiate est prescrite. Ainsi, le régime inscrit à l'article 8 de l'avant-projet en matière de facturation pour la facture d'électricité constitue en fait une transposition de la directive (UE) 2019/944, qui n'entrait pas dans le champ d'application de cet arrêt, et le régime parallèle prévu par l'article 15 de l'avant-projet relatif à la facturation pour la facture du gaz n'est même pas prescrit par la directive 2009/73/CE. Il y a lieu, dès lors, de fournir une justification plus étendue pour l'entrée en vigueur immédiate.

L'entrée en vigueur des dispositions relatives au règlement technique et aux compétences y afférentes du régulateur, qui ont, elles, bien fait l'objet de la procédure d'infraction, n'est en outre reportée que d'un an maximum.

Il convient d'observer à cet égard que le Conseil d'État a constaté encore récemment qu'eu égard à l'arrêt précité de la Cour de justice²⁰, un vide a été créé, ni le Roi ni la CREG n'étant à ce jour compétent pour apporter certaines modifications au règlement technique en ce qui concerne l'accès au réseau. Ainsi, le Conseil a observé il y a peu ce qui suit au sujet d'un projet qui entendait préciser les règles d'accès contenues dans l'arrêté royal du 22 avril 2019 'établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci' en vue de la mise en œuvre du mécanisme de rémunération de capacité :

« 3.3. La plupart des modifications prévues dans le projet peuvent se rapporter à des aspects qui, comme l'expose l'arrêt précité, relèvent de la compétence exclusive de la CREG. Pour l'adoption [de] l'arrêté (en projet) à l'examen, le Roi ne peut donc plus recourir à l'article 11 de la loi sur l'électricité sans méconnaître à cet égard l'article 59, paragraphe 7, (actuellement en vigueur) de la directive (UE) 2019/944. Toutefois, dès lors que la CREG n'est pas non plus habilitée, en application de cette directive, à imposer directement des obligations à des particuliers en dépit de dispositions de droit national contraires²¹, force est de conclure que l'article 11 de la loi sur l'électricité doit d'abord être mis en conformité avec la directive, avant que les modifications en projet puissent être adoptées par l'autorité réglementaire compétente conformément à la directive.

3.4. Le délégué a encore déclaré ce qui suit à ce sujet :

'Het voorontwerp van wet dat tegemoetkomt aan arrest HvJ 3 december 2020, Commissie t. België, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984 werd op 1 april laatsleden in de rol van de afdeling wetgeving ingeschreven met als rolnummer 69 159^[22]. Zodra het wetsontwerp aangenomen is zal het hele

²⁰ C.J.U.E., 3 décembre 2020, Commission c. Belgique, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984, points 99-115.

²¹ Note 6 de l'avis cité : C.J.U.E., 24 juin 2019, *Poplawski*, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, points 59-67.

²² Note 7 de l'avis cité : Demande d'avis 69.159/3 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 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations'.

koninklijk besluit van 22 april 2019 herzien moeten worden. Het voorontwerp voorziet daarvoor een overgangstermijn tot de eerste dag van de twaalfde maand na die waarin ze is gepubliceerd in het Staatsblad, een termijn die door de Koning op voorstel van de CREG kan ingekort worden. In afwachting daarvan blijft het KB van 22 april 2019 gelden, en vandaar ook de voorgestelde wijziging van dat KB'.

3.5 La question de savoir si l'avant-projet de loi cité répond effectivement à l'arrêt précité sera appréciée en temps opportun dans le cadre de son examen. En tout état de cause, le Conseil d'État, section de législation, doit pour l'heure juger que, sur la base de l'actuel article 11 de la loi sur l'électricité, l'arrêté en projet à l'examen ne peut pas être pris par le Roi d'une manière conforme au droit de l'Union européenne. Par conséquent, dans l'état actuel de la législation, le projet ne peut pas se concrétiser. Pour ce motif, la section de législation renonce à l'examiner plus avant »²³.

L'avant-projet de loi visé par cet avis est l'avant-projet à l'examen, qui étend en effet considérablement les compétences du régulateur. Dès lors que cette extension de compétences n'est toutefois pas immédiate et que les nouveaux codes de conduite devront en soi se faire encore attendre, il y a lieu de prévoir un régime transitoire habilitant la CREG – dans l'attente de la mise en place des nouveaux codes de conduite – à modifier le règlement technique existant ainsi que code de conduite existant pour le réseau de transport en ce qui concerne les points pour lesquels l'avant-projet à l'examen entend habiliter la CREG, en conformité avec les directives européennes.

Il n'en demeure pas moins qu'il est bel et bien judicieux d'encore reporter l'entrée en vigueur des dispositions définitives. Leur entrée en vigueur devra effectivement coïncider avec le moment auquel tant le Roi que la CREG auront respectivement terminé leurs projets de règlement technique ou de code de conduite, de sorte que le nouveau règlement entrera en vigueur en même temps que la subdivision du règlement technique du réseau de transport existant en un règlement technique et un code de conduite conformément à l'article 11, en projet, de la loi sur l'électricité, et que la subdivision du code de conduite du réseau de transport en un code de conduite conformément à l'article 15/5*undecies*, § 1^{er}, en projet, de la loi sur le gaz, et un arrêté royal conformément à l'article 15/5*undecies*, § 1/1, en projet, de la loi sur le gaz.

En attendant, la CREG pourra être habilitée à modifier les arrêtés royaux concernés, à tout le moins dans le cadre de ses compétences en tant que régulateur, conformément au droit européen. En effet, c'est uniquement dans ces limites que les objections de constitutionnalité contre la délégation de pouvoir réglementaire à un organisme public ne sont pas applicables, compte tenu du transfert à l'Union européenne, conformément à l'article 34 de la Constitution, de la compétence consistant à concrétiser le rôle des régulateurs sur le marché de l'énergie.

²³ Avis C.E. 69.018/3 du 14 avril 2021 sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 22 avril 2019 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci, en ce qui concerne le contenu minimal du contrat type de raccordement visé à l'article 169 et portant la modification de la procédure de traitement d'une demande de raccordement en tenant compte du mécanisme de rémunération de capacité', observations 3.3 à 3.5.

10. À l'alinéa 2 de l'article 22 de l'avant-projet, on écrira « la commission de régulation de l'électricité et du gaz » au lieu de « la commission ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH