



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.207/3
van 6 mei 2021

avis 69.207/3
du 6 mai 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot vaststelling van de
ontvankelijkheidscriteria bedoeld
in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid,
1° en 2°, van de wet van 29 april
1999 betreffende de organisatie
van de elektriciteitsmarkt, wat
betreft de voorwaarden waaronder
de capaciteitshouders die genieten
of genoten hebben van
steunmaatregelen het recht hebben
tot deelname aan de
prekwalificatieprocedure en wat
betreft de minimumdrempel
in MW’

un projet d’arrêté royal ‘relatif à
l’établissement des critères de
recevabilité visés à
l’article 7*undecies*, § 8, alinéa 1^{er},
1° et 2°, de la loi du 29 avril 1999
relative à l’organisation du marché
de l’électricité, en ce qui concerne
les conditions dans lesquelles les
détenteurs de capacité bénéficiant
ou ayant bénéficié de mesures de
soutien ont le droit ou l’obligation
de participer à la procédure de
préqualification et en ce qui
concerne le seuil minimal, en MW’

Op 6 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 ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7undecies, § 8, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, wat betreft de voorwaarden waaronder de capaciteitshouders die genieten of genoten hebben van steunmaatregelen het recht hebben tot deelname aan de prekwalificatieprocedure en wat betreft de minimumdrempel in MW’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 20 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 Arne CARTON, adjunct-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 6 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 projet d'arrêté royal ‘relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien ont le droit ou l'obligation de participer à la procédure de préqualification et en ce qui concerne le seuil minimal, en MW’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 20 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 Arne CARTON, auditeur adjoint.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van 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 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 tot de gedeeltelijke uitvoering van artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet), zoals 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’.¹

Artikel 2, § 1, van het ontwerp stelt de in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 2°, van de Elektriciteitswet bedoelde minimumdrempel vast en machtigt de Koning om de hoogte van die minimumdrempel te herzien op basis van een rapport van de Algemene Directie Energie, na raadpleging van de marktspelers. Artikel 2, § 2, van het ontwerp bepaalt dat enkel de capaciteitshouders waarvan de capaciteit, individueel of geaggregeerd, minstens gelijk is aan die minimumdrempel, in aanmerking komen voor deelname aan de prekwalificatieprocedure.

Artikel 3, § 1, van het ontwerp sluit leveringspunten waarvoor een recht op exploitatiesteun bestaat tijdens de betrokken periode(n) van capaciteitslevering uit van deelname aan de prekwalificatieprocedure. Artikel 3, § 2, van het ontwerp houdt in dat capaciteitshouders die recht hebben op exploitatiesteun tijdens de betrokken periode(n) van capaciteitslevering enkel kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure als ze uitdrukkelijk verzaken aan het recht op die exploitatiesteun. Artikel 3, § 3, van het ontwerp regelt de verwerking van de gegevens met betrekking tot de capaciteitsleveranciers.

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt (artikel 4).

BEVOEGDHEID

3. Overeenkomstig artikel 3, § 2, van het ontwerp moeten capaciteitshouders die aan de prekwalificatieprocedure willen deelnemen en die recht hebben op exploitatiesteun, waaronder ook gewestelijke steunmaatregelen vallen zoals groenestroomcertificaten,² uitdrukkelijk aan die exploitatiesteun verzaken op de wijze die in de ontworpen bepaling wordt geregeld. Op de vraag

¹ Over het voorontwerp en een aantal amendementen die tot deze wet geleid hebben, heeft de Raad van State respectievelijk advies 68.506/3 van 13 januari 2021 en advies 68.750/3 van 29 januari 2021 gegeven.

² Zie immers de definitie in artikel 1, § 2, van het ontwerp.

of het wel verenigbaar is met de bevoegdheidsverdelende regels dat de federale overheid als voorwaarde oplegt dat moet worden afgezien van gewestelijke steunmaatregelen en de wijze regelt waarop dit gebeurt, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Gezien het gaat om een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen deelnemen aan het federale capaciteitsvergoedingsmechanisme, wordt geoordeeld dat dit inderdaad het geval is. Een formulier moet worden opgesteld zodat marktpartijen in het kader van het prekwalificatieprocedure voor het CRM weten welke stukken zij dienen aan te leveren. Het gaat om een model dat wordt opgesteld door de AD Energie, indien de gewestelijke autoriteiten van mening zijn dat dit dient aangepast te worden naargelang hun specifieke situatie, is dat mogelijk. Desalniettemin werd het formulier reeds afgestemd met de gewestelijke autoriteiten teneinde zoveel mogelijk te garanderen dat dit voor alle betrokken instanties werkbaar is.”

Er kan worden aangenomen dat de federale overheid het verzaken aan gewestelijke steun als voorwaarde voor deelname aan de prekwalificatieprocedure kan opleggen en dat een dergelijke maatregel ook niet ingaat tegen het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel. Het staat echter niet aan de federale overheid om de wijze te regelen waarop die verzaking gebeurt. In dat verband wordt verwezen naar het tekstvoorstel dat voor artikel 3 van het ontwerp wordt geformuleerd in opmerking 9.

RECHTSGROND

4.1. Artikel 2 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 1° en 2°, van de Elektriciteitswet, dat de Koning machtigt tot het bepalen van de voorwaarden waaronder de capaciteitshouders die genieten of genoten hebben van steunmaatregelen, het recht hebben tot deelname aan de prekwalificatieprocedure (1°), alsook tot het bepalen van de minimumdrempel in MW, na toepassing van de reductiefactoren, waaronder de capaciteitshouders niet kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure (2°).

4.2. Voor artikel 3 van het ontwerp kan in beginsel worden gesteund op het voormelde artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 1°, van de Elektriciteitswet, al dan niet gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet).

In artikel 3, § 1, van het ontwerp wordt bepaald dat “leveringspunten waarvoor een recht op exploitatiesteun bestaat tijdens de betrokken periode(n) van capaciteitslevering” worden uitgesloten van de deelname aan de prekwalificatieprocedure. De voormelde wetsbepaling heeft echter enkel betrekking op de mogelijkheid tot deelname aan de prekwalificatieprocedure door de capaciteitshouders, en niet door bepaalde leveringspunten. In dat verband wordt verwezen naar het tekstvoorstel dat voor artikel 3 van het ontwerp wordt geformuleerd in opmerking 9.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In de aanhef moet nog worden verwezen naar het met de gewesten op 31 maart 2021 gevoerde overleg overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, alsook naar advies nr. 53/2021 van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 22 april 2021.

6. In artikel 1, § 2, van het ontwerp wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven van vijf soorten steun die voor de toepassing van het voorliggende besluit als “exploitatiesteun” worden beschouwd, zoals blijkt uit de zinsnede “met inbegrip van met name”. In dat verband wordt in de aanhef vermeld dat “de opsomming in artikel 1, § 2 niet limitatief is en dat, indien een nieuwe vorm van exploitatiesteun wordt gecreëerd door de federale of regionale overheden, een analyse door de betrokken overheid en/of aanpassing van de lijst in artikel 1, § 2 aangewezen kan zijn”. Op de vraag of het de bedoeling is om aan de gewestelijke overheden op te leggen om een dergelijke analyse door te voeren, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Aangezien momenteel het capaciteitsvergoedingsmechanisme wordt ingevoerd op federaal niveau, is bij de uitwerking ervan door de federale overheid de vraag gesteld naar het (on)verenigbaar karakter van een cumulering tussen deze nieuwe federale steun en andere, reeds bestaande vormen van steun (zowel op federaal als op regionaal niveau). Deze vraag is ingegeven door de Europese richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie (EEAG), meer bepaald sectie 3.2.5.2 ‘Cumulering van steun’. In deze zin wordt dit KB aangenomen, waarin bepaald wordt in welke gevallen men uitgesloten wordt van steun onder het capaciteitsvergoedingsmechanisme indien men bepaalde andere steun geniet.

Indien in de toekomst een van de gewestelijke overheden een nieuw systeem van steun zou invoeren, zullen zij zich mogelijks dezelfde vraag moeten stellen (rekening houdend met het Europees kader dat op dat ogenblik geldt) en een regeling voorzien omtrent de cumulering van deze nieuwe steun met bijvoorbeeld het capaciteitsvergoedingsmechanisme.

Omdat de lijst in artikel 1, §2 de momenteel betrokken vormen van steun opsomt (zij het niet limitatief), leek het in overleg met de gewesten nuttig te vermelden dat hiermee inderdaad geen voorafname gebeurt in geval er in de toekomst nieuwe steunsystemen zouden worden ontwikkeld.”

Het staat in de eerste plaats aan de federale overheid om te bepalen welke vormen van gewestelijke steun ze onverenigbaar acht met het door haar gecreëerde capaciteitsmechanisme en om desgevallend artikel 1, § 2, van het te nemen besluit in het licht hiervan te wijzigen. De zinsnede “een analyse door de betrokken overheid (...) aangewezen kan zijn” wordt dan ook beter weggelaten uit de aanhef van het ontwerp.

Artikel 1

7. In de Nederlandse tekst van artikel 1, § 2, 5°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “directe en indirecte buitenlandse capaciteit”, terwijl in de Nederlandse tekst van artikel 2, 85° en 86°, van de Elektriciteitswet de begrippen “onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” en “rechtstreekse buitenlandse capaciteit” worden gehanteerd. Men schrijve dan ook “rechtstreekse en onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” in de ontworpen bepaling.

Artikel 2

8. Artikel 2, § 1, tweede lid, van het ontwerp machtigt de Koning om de in het eerste lid van die paragraaf bepaalde minimumdrempel te herzien op basis van een periodiek rapport van de Algemene Directie Energie, opgesteld na raadpleging van de marktspelers, over de “al dan niet noodzaak tot herziening van de in het eerste lid vastgestelde minimumdrempel”.

Een dergelijke machtiging van de Koning aan zichzelf is overbodig, want voor een herziening van de minimumdrempel wordt de rechtsgrond reeds geboden door artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 2°, van de Elektriciteitswet. Het heeft ook geen zin dat de Koning die herziening afhankelijk maakt van door hemzelf bepaalde voorwaarden, zoals een vijfjaarlijks rapport van de administratie. De tweede zin van artikel 2, § 1, tweede lid, van het ontwerp moet dan ook worden weggelaten en de woorden “al dan niet noodzaak tot” in de eerste zin van dat lid moeten worden vervangen door de woorden “wenselijkheid van de”.

Artikel 3

9. In artikel 3, § 1, van het ontwerp is voorzien in een regeling waarbij “leveringspunten waarvoor een recht op exploitatiesteun bestaat tijdens de betrokken periode(n) van capaciteitslevering” worden uitgesloten van deelname aan de prekwalificatieprocedure. Aangezien de rechtsgrondbepaling betrekking heeft op de capaciteitshouders en niet op de leveringspunten van die capaciteitshouders, zoals is uiteengezet in opmerking 4.2, en gelet op opmerking 3, wordt na overleg met de gemachtigde de volgende herformulering voorgesteld van artikel 3, §§ 1 en 2, van het ontwerp:

“Art. 3. § 1. Een capaciteitshouder kan enkel deelnemen aan de prekwalificatieprocedure met een of meer capaciteiten waarvoor gedurende één of meerdere van de betrokken periode(n) van capaciteitslevering een recht op exploitatiesteun bestaat, op voorwaarde dat het prekwalificatiedossier een uitdrukkelijke verbintenis bevat tot verzaking aan het recht op de exploitatiesteun voor de betrokken capaciteit tijdens de betrokken periode(n) van capaciteitslevering onder de opschortende voorwaarde van de selectie van deze capaciteit binnen de veiling en het sluiten van een capaciteitscontract als bedoeld bij artikel 7*undecies*, § 11, van de wet van 29 april 1999.

Deze verbintenis tot verzaking wordt opgenomen in een formulier, waarvan het model door de Algemene Directie Energie wordt opgesteld en gepubliceerd. In dat formulier worden alle maatregelen voor exploitatiesteun vermeld waarvoor de verbintenis tot verzaking geldt, alsook de verbintenis om geen exploitatiesteun aan te vragen die betrekking heeft op de betrokken periode(n) van capaciteitslevering indien de betrokken capaciteit geselecteerd wordt in de veiling en een capaciteitscontract wordt gesloten voor de betrokken periode(n) van capaciteitslevering. Dat formulier wordt als bijlage bij het capaciteitscontract gevoegd en maakt integraal deel uit van het capaciteitscontract dat na afloop van de veiling overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 11, van de wet van 29 april 1999 wordt gesloten.”

Indien dit tekstvoorstel wordt gevolgd, moet paragraaf 3 worden vernummerd tot paragraaf 2 en moeten de verwijzingen in die paragraaf naar paragraaf 2 worden omgevormd tot verwijzingen naar paragraaf 1.

10. De zinsnede “de betrokken gewestelijke overheid” in artikel 3, § 3, van het ontwerp kan duidelijkheidshalve beter worden vervangen door de zinsnede “de betrokken gewestelijke overheden”.

11. In artikel 3, § 3, van het ontwerp schrijve men “exploitatiesteun” in plaats van “steunmaatregelen”, gelet op de definitie in artikel 1, § 2, van het ontwerp.

Artikel 4

12. Luidens artikel 4 van het ontwerp zal het te nemen besluit in werking treden de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt. Tenzij er een bijzondere reden is om af te wijken van de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten, moet dat artikel 4 worden weggelaten. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De inwerkingtreding van het voorliggende ontwerp besluit op de dag van diens bekendmaking kan worden verantwoord op basis van de volgende omstandigheden:

1° een eerste veiling moet kunnen plaatsvinden in oktober 2021 teneinde voldoende capaciteit te kunnen garanderen voor onze burgers en bedrijven tegen de winter van 2025;

2° uiterlijk op 15 juni 2021 moeten de prekwalificatie- en investeringsdossiers door de marktpelers worden ingediend met het oog op de beslissing daaromtrent door Elia en de CREG op 15 september 2021;

3° de marktpelers moeten duidelijkheid hebben over de toepasselijke veilingparameters, zodanig dat zij hun prekwalificatie- en investeringsdossier kunnen voorbereiden.

Onderhavig besluit bevat de minimumdrempel, alsook de procedure en nadere regels rond het verbod op cumul. Het lijkt opportuun dat dit zo snel mogelijk in werking kan treden.”

Die uitleg neemt niet weg dat de gewenste duidelijkheid voor de marktspelers er al is van zodra het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, ook al treedt het pas tien dagen later in werking. Artikel 4 kan dan ook beter worden weggelaten.

*

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

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de pourvoir à l'exécution partielle de l'article 7undecies 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' ¹.

L'article 2, § 1^{er}, du projet fixe le seuil minimal visé à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi sur l'électricité et habilite le Roi à revoir la hauteur de ce seuil minimal sur la base d'un rapport de la Direction générale de l'Énergie après consultation des acteurs du marché. L'article 2, § 2, du projet dispose que seuls sont éligibles à participer à la procédure de préqualification, les détenteurs de capacité, dont la capacité individuellement ou agrégée est au moins égale à ce seuil minimal.

L'article 3, § 1^{er}, du projet exclut de la participation à la procédure de préqualification les points de livraison qui disposent d'un droit d'aide au fonctionnement au cours de la ou des période(s) de fourniture de capacité considérée(s). L'article 3, § 2, du projet prévoit que les détenteurs de capacité qui ont un droit aux aides au fonctionnement pendant la ou les période(s) de fourniture de capacité concernée(s) ne sont éligibles à participer à la procédure de préqualification que s'ils renoncent expressément au droit à l'aide au fonctionnement. L'article 3, § 3, du projet règle le traitement des données en ce qui concerne les fournisseurs de capacité.

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 4).

COMPÉTENCE

3. Conformément à l'article 3, § 2, du projet, les détenteurs de capacité qui entendent participer à la procédure de préqualification et qui ont droit aux aides au fonctionnement, dont font également partie les mesures d'aide régionales telles que les certificats verts ², doivent expressément renoncer à ces aides au fonctionnement selon les modalités fixées par la disposition en projet. À la question de savoir s'il est effectivement compatible avec les règles répartitrices de

¹ Sur l'avant-projet et un certain nombre d'amendements devenus cette loi, le Conseil d'État a donné, respectivement, l'avis 68.506/3 du 13 janvier 2021 et l'avis 68.750/3 du 29 janvier 2021.

² Voir en effet la définition figurant à l'article 1^{er}, § 2, du projet.

compétences que l'autorité fédérale impose comme condition de renoncer à des mesures d'aides régionales et qu'elle en règle les modalités, le délégué a répondu ce qui suit :

« Gezien het gaat om een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen deelnemen aan het federale capaciteitsvergoedingsmechanisme, wordt geoordeeld dat dit inderdaad het geval is. Een formulier moet worden opgesteld zodat marktpartijen in het kader van het prekwificatieprocedure voor het CRM weten welke stukken zij dienen aan te leveren. Het gaat om een model dat wordt opgesteld door de AD Energie, indien de gewestelijke autoriteiten van mening zijn dat dit dient aangepast te worden naargelang hun specifieke situatie, is dat mogelijk. Desalniettemin werd het formulier reeds afgestemd met de gewestelijke autoriteiten teneinde zoveel mogelijk te garanderen dat dit voor alle betrokken instanties werkbaar is ».

Il peut être admis que l'autorité fédérale peut imposer comme condition de participation à la procédure de préqualification de renoncer à une aide régionale et qu'une telle mesure ne va pas non plus à l'encontre du principe de proportionnalité en matière de répartition des compétences. Il n'appartient cependant pas à l'autorité fédérale de régler les modalités de cette renonciation. À cet égard, on se reportera à la proposition de texte formulée pour l'article 3 du projet dans l'observation 9.

FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. L'article 2 du projet trouve un fondement juridique dans l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, de la loi sur l'électricité, lequel habilite le Roi à fixer les conditions dans lesquelles les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien, ont le droit de participer à la procédure de préqualification (1^o), ainsi qu'à fixer le seuil minimal, en MW, après application des facteurs de réduction, en-dessous duquel les détenteurs de capacité ne peuvent participer à la procédure de préqualification (2^o).

4.2. L'article 3 du projet peut en principe se fonder sur l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 1^o, précité, de la loi sur l'électricité, combiné ou non avec le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution).

L'article 3, § 1^{er}, du projet dispose que « les points de livraison qui disposent d'un droit d'aide au fonctionnement au cours de la ou les [lire : des] périodes de fourniture de capacité considérées » sont exclus de la participation à la procédure de préqualification. La disposition légale précitée ne porte cependant que sur la possibilité de participer à la procédure de préqualification par les détenteurs de capacité et non par certains points de livraison. On se reportera à ce sujet à la proposition de texte formulée pour l'article 3 du projet dans l'observation 9.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Le préambule devra encore faire mention de la concertation organisée avec les régions le 31 mars 2021 conformément à l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', ainsi que de l'avis n° 53/2021 de l'Autorité de protection des données du 22 avril 2021.

6. L'article 1^{er}, § 2, du projet donne une énumération non limitative de cinq types d'aides qui sont considérées comme une « aide au fonctionnement » pour l'application de l'arrêté à l'examen, ainsi qu'il ressort du segment de phrase « dont notamment ». À ce propos, le préambule indique que « la liste de l'article 1^{er}, § 2 n'est pas exhaustive et que, si une nouvelle forme d'aide au fonctionnement est créée par les autorités fédérales ou régionales, une analyse par le gouvernement compétent et/ou un ajustement de la liste à l'article 1^{er}, § 2 peut être approprié ». À la question de savoir si l'intention est d'imposer aux autorités régionales de procéder à une telle analyse, le délégué a répondu ce qui suit :

« Aangezien momenteel het capaciteitsvergoedingsmechanisme wordt ingevoerd op federaal niveau, is bij de uitwerking ervan door de federale overheid de vraag gesteld naar het (on)verenigbaar karakter van een cumulering tussen deze nieuwe federale steun en andere, reeds bestaande vormen van steun (zowel op federaal als op regionaal niveau). Deze vraag is ingegeven door de Europese richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie (EEAG), meer bepaald sectie 3.2.5.2 'Cumulering van steun'. In deze zin wordt dit KB aangenomen, waarin bepaald wordt in welke gevallen men uitgesloten wordt van steun onder het capaciteitsvergoedingsmechanisme indien men bepaalde andere steun geniet.

Indien in de toekomst een van de gewestelijke overheden een nieuw systeem van steun zou invoeren, zullen zij zich mogelijks dezelfde vraag moeten stellen (rekening houdend met het Europees kader dat op dat ogenblik geldt) en een regeling voorzien omtrent de cumulering van deze nieuwe steun met bijvoorbeeld het capaciteitsvergoedingsmechanisme.

Omdat de lijst in artikel 1, § 2 de momenteel betrokken vormen van steun opsomt (zij het niet limitatief), leek het in overleg met de gewesten nuttig te vermelden dat hiermee inderdaad geen voorafname gebeurt in geval er in de toekomst nieuwe steunsystemen zouden worden ontwikkeld. »

Il revient en premier lieu à l'autorité fédérale de déterminer quelles formes d'aide régionale elle estime inconciliable avec le mécanisme de capacité qu'elle a créé et, en conséquence, de modifier, le cas échéant, l'article 1^{er}, § 2, de l'arrêté envisagé. Il est dès lors préférable d'omettre le segment de phrase « une analyse par le gouvernement compétent (...) peut être approprié[e] » du préambule du projet.

Article 1^{er}

7. Dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, § 2, 5°, du projet, il est fait mention de « directe en indirecte buitenlandse capaciteit » tandis que le texte néerlandais de l'article 2, 85° et 86°, de la loi sur l'électricité fait usage des notions de « onrechtstreekse buitenlandse capaciteit » et de « rechtstreekse buitenlandse capaciteit ». Il convient donc d'écrire « rechtstreekse en onrechtstreekse buitenlandse capaciteit » dans la disposition en projet.

Article 2

8. L'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, du projet habilite le Roi à revoir le seuil minimal fixé à l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe sur la base d'un rapport périodique de la Direction générale de l'Énergie, établi après consultation des acteurs du marché, sur la « nécessité ou non de revoir le seuil minimal fixé à l'alinéa 1^{er} ».

Une telle habilitation du Roi à lui-même est superflue car l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi sur l'électricité procure déjà le fondement juridique à une révision du seuil minimal. Il est également inutile que le Roi subordonne cette révision à des conditions qu'il détermine lui-même, telles qu'un rapport quinquennal de l'administration. On omettra dès lors la deuxième phrase de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, du projet et on remplacera les mots « la nécessité ou non de », figurant dans la première phrase de cet alinéa, par les mots « l'opportunité de ».

Article 3

9. L'article 3, § 1^{er}, du projet contient une règle énonçant que « les points de livraison qui disposent d'un droit d'aide au fonctionnement au cours de la ou les [lire : des] périodes de fourniture de capacité considérées » sont exclus de la participation à la procédure de préqualification. Dès lors que la disposition procurant le fondement juridique concerne les détenteurs de capacité et non les points de livraison de ces détenteurs de capacité, comme il a été exposé dans l'observation 4.2 et compte tenu de l'observation 3, il est proposé, après concertation avec le délégué, de reformuler l'article 3, §§ 1^{er} et 2, du projet, comme suit :

« Art. 3. § 1^{er}. Un détenteur de capacité ne peut participer à la procédure de préqualification avec une ou plusieurs capacités pour lesquelles il dispose, pendant une ou plusieurs période(s) de fourniture de capacité considérée(s), d'un droit à l'aide au fonctionnement qu'à la condition que le dossier de préqualification comporte un engagement exprès à renoncer au droit à l'aide au fonctionnement pour la capacité concernée pendant la ou les période(s) de fourniture de capacité considérée(s), sous la condition suspensive de la sélection de cette capacité lors de la mise aux enchères et de la conclusion d'un contrat de capacité au sens de l'article 7undecies, § 11, de la loi du 29 avril 1999.

Cet engagement à renoncer est consigné dans un formulaire dont le modèle est établi et publié par la Direction générale de l'Énergie. Ce formulaire mentionne toutes les mesures d'aides au fonctionnement auxquelles s'applique l'engagement de renonciation ainsi que l'engagement de ne pas demander d'aide au fonctionnement qui se rapporte à la ou aux période(s) de fourniture de capacité considérée(s) si la capacité concernée est sélectionnée lors de la mise aux enchères et si un contrat de capacité est conclu pour la ou les période(s) de fourniture de capacité concernée(s). Ce formulaire est annexé au contrat de capacité et fait partie intégrante du contrat de capacité qui est conclu à l'issue de la mise aux enchères, conformément à l'article 7undecies, § 11, de la loi du 29 avril 1999 ».

Si cette proposition de texte est suivie, on renumérottera le paragraphe 3 en paragraphe 2 et on transformera les références que ce paragraphe fait au paragraphe 2 en références au paragraphe 1^{er}.

10. Dans un souci de clarté, il est préférable de remplacer le segment de phrase « l'autorité régionale concernée » figurant à l'article 3, § 3, du projet par le segment de phrase « les autorités régionales concernées ».

11. À l'article 3, § 3, du projet, on écrira « d'aides au fonctionnement » plutôt que « de mesures de soutien », compte tenu de la définition figurant à l'article 1^{er}, § 2, du projet.

Article 4

12. Selon l'article 4 du projet, l'arrêté envisagé entrera en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge. À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur des arrêtés, cet article 4 devra être omis. À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De inwerkingtreding van het voorliggende ontwerp besluit op de dag van diens bekendmaking kan worden verantwoord op basis van de volgende omstandigheden:

1° een eerste veiling moet kunnen plaatsvinden in oktober 2021 teneinde voldoende capaciteit te kunnen garanderen voor onze burgers en bedrijven tegen de winter van 2025;

2° uiterlijk op 15 juni 2021 moeten de prekwalificatie- en investeringsdossiers door de marktspelers worden ingediend met het oog op de beslissing daaromtrent door Elia en de CREG op 15 september 2021;

3° de marktspelers moeten duidelijkheid hebben over de toepasselijke veilingparameters, zodanig dat zij hun prekwalificatie- en investeringsdossier kunnen voorbereiden.

Onderhavig besluit bevat de minimumdrempel, alsook de procedure en nadere regels rond het verbod op cumul. Het lijkt opportuun dat dit zo snel mogelijk in werking kan treden. »

Cette explication n'empêche pas que la clarté voulue existera déjà pour les acteurs du marché, dès que l'arrêté envisagé aura été publié au Moniteur belge, même s'il n'entrera en vigueur que dix jours plus tard. Mieux vaudrait dès lors omettre l'article 4.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH