



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.560/3
van 17 juni 2021

over

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot wijziging van het koninklijk
besluit van 28 april 2021 tot
vaststelling van de parameters
waarmee het volume aan te kopen
capaciteit wordt bepaald, inclusief
hun berekeningsmethode, en van
de andere parameters die nodig zijn
voor de organisatie van de
veilingen, alsook de methode
en voorwaarden tot het verkrijgen
van individuele uitzonderingen op
de toepassing van de intermediaire
prijslimiet(en) in het kader van het
capaciteitsvergoedings-
mechanisme’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 69.560/3
du 17 juin 2021

sur

un projet d'arrêté royal
‘modifiant l'arrêté royal du
28 avril 2021 fixant les
paramètres avec lesquels le
volume de la capacité à prévoir
est déterminé, y compris leurs
méthodes de calcul, et les autres
paramètres nécessaires pour
l'organisation des mises au
enchères, ainsi que la méthode
pour et les conditions à l'octroi
d'une dérogation individuelle à
l'application du ou des plafond(s)
de prix intermédiaire(s) dans le
cadre du mécanisme de
rémunération de capacité’

Op 10 juni 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 15 juni 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, 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 17 juni 2021.

*

Le 10 juin 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 cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 28 avril 2021 fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises au enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 15 juin 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 Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 juin 2021.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“1° une première enchère doit pouvoir avoir lieu en octobre 2021 afin de pouvoir garantir une capacité suffisante pour nos citoyens et entreprises dès l’hiver 2025-2026 ;

2° conformément à l’article 7undecies, §1^{er} de la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité, ci-après dénommée ‘la loi de l’électricité du 29 avril 1999’, le mécanisme de rémunération de capacité est conçu de façon à rendre le mécanisme le moins coûteux possible ;

3° afin de répondre à une préoccupation exprimée par la Commission européenne dans son Opening Decision du 21 septembre 2021, une possibilité de dérogation à l’application du plafond de prix intermédiaire est prévue conformément à l’article 7undecies, §2, alinéa 3, de la loi de l’électricité du 29 avril 1999 ;

4° cette possibilité de dérogation à l’application du plafond de prix intermédiaire est jugée nécessaire car son absence pourrait conduire à l’exclusion en pratique du mécanisme de rémunération de capacité des acteurs du marché dont le missing money est supérieur au plafond de prix intermédiaire. Cela augmenterait inutilement le coût du mécanisme de rémunération de capacité en excluant les capacités existantes de la participation et en augmentant par conséquent le nombre de nouvelles capacités sous contrat. D’un autre côté, cette possibilité de dérogation doit également être envisagée avec prudence car elle donne aux acteurs du marché la possibilité de faire des offres plus élevées que le plafond de prix intermédiaire ;

5° afin de maintenir, dans la mesure du possible, la cohérence avec le cadre européen et de poursuivre les intentions légales énoncées à l’article 7undecies, §1 de la loi de l’électricité du 29 avril 1999, il s’agit d’évaluer les dérogations à l’application du plafond de prix intermédiaire dans la mesure du possible conformément à la méthodologie visée à l’article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943 ;

6° à l’article 21, §10, de l’arrêté royal du 28 avril 2021, il était déjà prévu qu’un ajustement serait effectué en ce qui concerne l’estimation des revenus attendus dès que la méthode conformément à l’article 6(9)(a) iii de la méthodologie visée à l’article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943 est disponible et a été mise en œuvre ;

7° la méthode conformément à l’article 6(9)(a) iii de la méthodologie visée à l’article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943 est désormais disponible et a été mise en œuvre pour l’étude conformément à l’article 7bis de la loi de l’électricité du 29 avril 1999 ;

8° conformément à l’article 21, §2 de l’arrêté royal du 28 avril 2021, les demandes de dérogation pour la première enchère peuvent être introduites au plus tôt le 16 juillet 2021 et au plus tard trente jours ouvrables avant le dernier jour où les offres sont admises ;

9° afin de fournir des éclaircissements aux acteurs du marché avant la soumission des demandes, afin de réaliser l’évaluation conformément à la méthodologie européenne dans les meilleurs délais, et afin de limiter le coût du mécanisme de rémunération des capacités, il est recommandé que cet ajustement de l’estimation des revenus attendus prenne effet avant la première soumission possible des demandes le 16 juillet 2021.”

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot 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

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de wijziging van artikel 21 van het koninklijk besluit van 28 april 2021 ‘tot vaststelling van de paramaters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’ en tot de invoeging van een bijlage bij dit besluit. De ontworpen wijzigingen hebben betrekking op de mogelijkheid tot afwijking van de intermediaire maximumprijs voor de veiling in 2021.

Artikel 1, 1° tot 3°, van het ontwerp voorziet in een wijziging van de berekeningsregels van het verwachte “missing-money”¹. De raming van de jaarlijkse inframarginale inkomsten wordt, als onderdeel van het verwachte “missing-money”, onder meer bepaald aan de hand van de gemiddelde inkomsten en niet meer aan de hand van de mediaan (P50) inkomsten (artikel 1, 1°). Bij de berekening van het verwachte “missing-money” wordt ook het totaal vereiste rendement en het bijkomend vereiste rendement in rekening gebracht en bij het bepalen van dit laatste rendement moet rekening worden gehouden met de methodologie zoals bedoeld in artikel 23, lid 5, van de verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende de interne markt voor elektriciteit’, zoals bepaald in bijlage 1 (lees: de bijlage) bij het ontwerp (artikel 1, 2° en 3°).

Artikel 21, § 10, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, dat thans bepaalt dat de verwachte inkomsten worden ingeschat overeenkomstig de methodologie zoals bedoeld in artikel 23, lid 5, van verordening (EU) 2019/943, wordt opgeheven (artikel 1, 4°, van het ontwerp).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 2 van het ontwerp).

¹ Dit is, overeenkomstig de definitie in artikel 1, § 2, 29°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 “de jaarlijkse vergoeding die de capaciteitsleverancier toelaat zijn geannualiseerde kosten te dekken, rekening houdend met de inkomsten op jaarbasis uit de energiemarkt, de markten voor ondersteunende diensten en eventuele andere relevante inkomsten”.

RECHTSGROND

4. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 7*undecies*, § 2, derde lid, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet). Die bepaling machtigt de Koning om bij besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de methode en voorwaarden te bepalen tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimieten, na raadpleging van de marktdeelnemers.

VORMVEREISTEN

5. Overeenkomstig de voormelde rechtsgrondbepaling is een voorafgaandelijke “raadpleging van de marktdeelnemers” vereist. In de aanhef van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een marktraadpleging die werd georganiseerd van 27 mei 2021 tot en met 3 juni 2021. Hierover om verdere uitleg verzocht, bezorgde de gemachtigde een mailbericht van 27 mei 2021, gericht aan de leden van de Task Force CRM. Tevens verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Om tegemoet te komen aan een reactie in het openbaar onderzoek, zal ook nog een tweede kort openbaar onderzoek worden gehouden over de concrete percentages.”

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de tweede, aanvullende marktraadpleging nog wijzigingen zou ondergaan,² moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKING

6. In advies 68.506/3 van 13 januari 2021 heeft de Raad van State het volgende opgemerkt over het voorontwerp dat heeft geleid tot de invoeging van artikel 7*undecies* in de Elektriciteitswet:³

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

10.1. De Europese Commissie heeft een aantal ongelijke behandelingen geïdentificeerd in het licht van de beoordeling van de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de staatssteunregels.⁴ Een van die ongelijke behandelingen, namelijk het gebruik van intermediaire prijslimieten, wordt gedeeltelijk gemilderd in het voorontwerp doordat in de mogelijkheid wordt voorzien dat de CREG ter zake individuele

² Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

³ Adv.RvS 68.506/3 van 13 januari 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot 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’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1779/001, 63.

⁴ Voetnoot 15 van het aangehaalde advies: Besluit van de Commissie van 21 september 2020, “Steunmaatregel SA.54915 (2019/N) – Capaciteitsvergoedingsmechanisme”, *Pb* 2020, C 346/27, overwegingen 221 tot 227.

uitzonderingen toestaat binnen het door de Koning bepaalde kader (ontworpen artikel 7*undecies*, § 2, derde lid, van de Elektriciteitswet). Andere ongelijkheden, zoals de ontmoediging van de deelname van intermitterende technologieën met hoge reductiefactoren,⁵ lijken dan weer inherent aan de ontworpen regeling. Gelet op de nauwe samenhang met het staatssteunonderzoek, dat exclusief aan de Europese Commissie toekomt, onder toezicht van het Hof van Justitie, neemt de Raad van State hierover geen standpunt in.

10.2. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de artikelen 22 en 24 van verordening (EU) 2019/943, wat afhangt van de waarachtigheid van de scenario's op basis waarvan het capaciteitstekort wordt ingeschat.⁶ De Raad van State beschikt niet over het vereiste inzicht en de vereiste expertise om die beoordeling uit te voeren, zodat ook hier de beoordeling wordt overgelaten aan de Europese Commissie.”

Aangezien het voor advies voorgelegde ontwerp strekt tot wijziging van de regels inzake derogaties op de intermediaire maximumprijs, moet thans hetzelfde voorbehoud worden gemaakt,⁷ mede gelet op de zeer technische aard van de ontworpen wijzigingen en op de zeer beperkte termijn van een onderzoek op vijf werkdagen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

7. Artikel 1, 1°, van het ontwerp vervangt het begrip “mediaan (P50) inkomsten” door het begrip “gemiddelde inkomsten”. Op de vraag of het gaat het om de inkomsten op jaarbasis uit de energiemarkt bedoeld in de definitie van “missing money” in artikel 1, § 2, 29°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het gaat hier om de gemiddelde inkomsten op jaarbasis uit de energiemarkt, waarnaar inderdaad ook verwezen wordt in de definitie van missing money.”

Het is raadzaam om dit in de ontworpen bepaling te preciseren.

8. Het ontwerp moet worden aangevuld met een artikel waarbij bijlage 1 (lees: de bijlage) bij het ontwerp wordt toegevoegd aan het koninklijk besluit van 28 april 2021.⁸

⁵ Voetnoot 16 van het aangehaalde advies: *Ibid.*, overwegingen 209 en 210.

⁶ Voetnoot 17 van het aangehaalde advies: *Ibid.*, overwegingen 237 tot 245.

⁷ Zie eveneens adv.RvS 69.020/3 van 13 april 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 28 april 2021, opmerking 6.

⁸ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, formule F 4-2-13-4, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

Bijlage 1 (lees: bijlage)

9. Overeenkomstig het ontworpen artikel 21, § 8, tweede lid, 5°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 wordt het bijkomend vereist rendement bepaald, “rekening houdend met artikel 6, lid 9 van de methodologie zoals bedoeld in artikel 23, lid 5 van Elektriciteitsverordening (EU) 2019/943, zoals bepaald in bijlage bij dit besluit”. In die bijlage wordt een onderscheid gemaakt tussen technologieën die “bestaand” en “nieuw” zijn. Op de vraag wat de finaliteit is van dit onderscheid en hoe bepaald wordt of een technologie al dan niet “nieuw” is, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Door deze vraag merken wij op dat de tabel kan verduidelijkt worden. Het gaat hier inderdaad niet over een nieuwe technologie, maar over een nieuwe capaciteit.

Het onderscheid tussen nieuwe en bestaande capaciteit wordt voor elke aanvraag afzonderlijk bepaald. Dit onderscheid tussen investeringen in nieuwe en bestaande capaciteiten wordt gemaakt, gezien op basis van de studie van Professor Boudt die aan de grondslag van de methode ligt een hogere risicopremie wordt toegepast voor investeringen in nieuwe projecten, in vergelijking met bestaande projecten van dezelfde technologie. Het komt uiteindelijk de CREG toe, in haar toekenning al dan niet van de derogatie, om te beslissen of de investeringen van die aard zijn om te kwalificeren als nieuw of bestaand.

We stellen concreet voor de tabel aan te passen als volgt:

Eenheid(edén) in de capaciteitsmarkt/ Unité(s) du marché de capacité	Technologie van de eenheid(edén)/Technologie de la unité(s)	Zonder CAPEX investeringen met een economische levensduur ≥ 3 jaren / Sans investissement en CAPEX d'une durée de vie économique ≥ 3 ans	Met CAPEX investeringen met een economische levensduur ≥ 3 jaren / Avec investissements en CAPEX d'une durée de vie économique ≥ 3 ans

”

Met die aanpassingen kan worden ingestemd.

*

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« 1^o une première enchère doit pouvoir avoir lieu en octobre 2021 afin de pouvoir garantir une capacité suffisante pour nos citoyens et entreprises dès l'hiver 2025-2026 ;

2^o conformément à l'article 7*undecies*, § 1^{er} de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, ci-après dénommée 'la loi de l'électricité du 29 avril 1999', le mécanisme de rémunération de capacité est conçu de façon à rendre le mécanisme le moins coûteux possible ;

3^o afin de répondre à une préoccupation exprimée par la Commission européenne dans son Opening Decision du 21 septembre 2021, une possibilité de dérogation à l'application du plafond de prix intermédiaire est prévue conformément à l'article 7*undecies*, § 2, alinéa 3, de la loi de l'électricité du 29 avril 1999 ;

4^o cette possibilité de dérogation à l'application du plafond de prix intermédiaire est jugée nécessaire car son absence pourrait conduire à l'exclusion en pratique du mécanisme de rémunération de capacité des acteurs du marché dont le missing money est supérieur au plafond de prix intermédiaire. Cela augmenterait inutilement le coût du mécanisme de rémunération de capacité en excluant les capacités existantes de la participation et en augmentant par conséquent le nombre de nouvelles capacités sous contrat. D'un autre côté, cette possibilité de dérogation doit également être envisagée avec prudence car elle donne aux acteurs du marché la possibilité de faire des offres plus élevées que le plafond de prix intermédiaire ;

5^o afin de maintenir, dans la mesure du possible, la cohérence avec le cadre européen et de poursuivre les intentions légales énoncées à l'article 7*undecies*, § 1 de la loi de l'électricité du 29 avril 1999, il s'agit d'évaluer les dérogations à l'application du plafond de prix intermédiaire dans la mesure du possible conformément à la méthodologie visée à l'article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943 ;

6^o à l'article 21, § 10, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, il était déjà prévu qu'un ajustement serait effectué en ce qui concerne l'estimation des revenus attendus dès que la méthode conformément à l'article 6(9)(a) iii de la méthodologie visée à l'article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943 est disponible et a été mise en œuvre ;

7^o la méthode conformément à l'article 6(9)(a) iii de la méthodologie visée à l'article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943 est désormais disponible et a été mise en œuvre pour l'étude conformément à l'article 7*bis* de la loi de l'électricité du 29 avril 1999 ;

8^o conformément à l'article 21, § 2 de l'arrêté royal du 28 avril 2021, les demandes de dérogation pour la première enchère peuvent être introduites au plus tôt le 16 juillet 2021 et au plus tard trente jours ouvrables avant le dernier jour où les offres sont admises ;

9^o afin de fournir des éclaircissements aux acteurs du marché avant la soumission des demandes, afin de réaliser l'évaluation conformément à la méthodologie européenne dans les meilleurs délais, et afin de limiter le coût du mécanisme de rémunération des capacités, il est recommandé que cet ajustement de l'estimation des revenus attendus prenne effet avant la première soumission possible des demandes le 16 juillet 2021 ».

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend modifier l'article 21 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 'fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité' et ajouter une annexe à cet arrêté. Les modifications en projet concernent la possibilité de déroger au prix maximum intermédiaire pour l'enchère en 2021.

L'article 1^{er}, 1^o à 3^o, du projet prévoit de modifier les règles de calcul du « missing money » ¹ attendu. En tant qu'élément du « missing-money » attendu, l'estimation des rentes inframarginales annuelles est notamment déterminée sur la base du revenu moyen et non plus sur la base du revenu médian (P50) (article 1^{er}, 1^o). Pour calculer le « missing money » attendu, on prend également en compte le rendement total requis et le rendement supplémentaire requis, et pour déterminer ce dernier rendement, il faut tenir compte de la méthodologie visée à l'article 23, paragraphe 5, du règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'sur le marché intérieur de l'électricité', ainsi qu'il est déterminé dans l'annexe 1 (lire : l'annexe) du projet (article 1^{er}, 2^o et 3^o).

L'article 21, § 10, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, qui prévoit actuellement que les recettes attendues sont évaluées conformément à la méthodologie visée à l'article 23, alinéa 5 du Règlement (UE) 2019/943, est abrogé (article 1^{er}, 4^o, du projet).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 2 du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

4. Le projet trouve son fondement juridique dans l'article 7^{undecies}, § 2, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité). Cette disposition habilite le Roi à fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafonds de prix intermédiaires, après consultation des acteurs du marché.

¹ Conformément à la définition figurant à l'article 1^{er}, § 2, 29^o, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, il s'agit de « la redevance annuelle qui permet au fournisseur de capacité de couvrir ses coûts annualisés, en tenant compte des revenus annuels du marché de l'énergie, des marchés des services auxiliaires et des éventuelles autres revenus pertinents ».

FORMALITÉS

5. Conformément à la disposition procurant le fondement juridique, précitée, une « consultation » préalable « des acteurs du marché » est requise. Le préambule du projet fait mention d'une consultation des acteurs du marché qui a été organisée du 27 mai 2021 jusqu'au 3 juin 2021. Invité à donner des précisions à ce sujet, le délégué a transmis un courriel du 27 mai 2021, adressé aux membres de la Task Force CRM. En outre, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Om tegemoet te komen aan een reactie in het openbaar onderzoek, zal ook nog een tweede kort openbaar onderzoek worden gehouden over de concrete percentages ».

Si la deuxième consultation complémentaire du marché devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État², les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATION GÉNÉRALE

6. Dans son avis 68.506/3 du 13 janvier 2021, le Conseil d'État a formulé l'observation suivante concernant l'avant-projet qui a inséré l'article 7*undecies* dans la loi sur l'électricité³.

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

10.1. La Commission européenne a identifié un certain nombre d'inégalités de traitement à la lumière de l'appréciation de la compatibilité du régime en projet avec les règles relatives aux aides d'État⁴. L'une de ces inégalités de traitement, à savoir l'utilisation de plafonds de prix intermédiaires, est en partie atténuée dans l'avant-projet par la possibilité pour la CREG de permettre en la matière des exceptions individuelles dans le cadre défini par le Roi (article 7*undecies*, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité). D'autres inégalités, telles que le fait de dissuader la participation de technologies intermittentes ayant d'importants facteurs de réduction⁵, semblent par ailleurs inhérentes à la réglementation en projet. Compte tenu du lien de connexité étroit avec l'examen relatif aux aides d'État, qui revient exclusivement à la Commission européenne, sous le contrôle de la Cour de Justice, le Conseil d'État n'adopte pas de point de vue sur ce point.

² À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou des modifications visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

³ Avis CE 68.506/3 du 13 janvier 2021 sur un avant-projet devenu 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', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1779/001, p. 63.

⁴ *Note 15 de l'avis cité* : Décision de la Commission du 21 septembre 2020, « Aide d'État SA.54915 (2019/N)-Mécanisme de rémunération de la capacité », *J.O.* 2020, C 346/27, considérants 221 à 227.

⁵ *Note 16 de l'avis cité* : *Ibid.*, considérants 209 et 210.

10.2. La même observation vaut pour l'appréciation de la compatibilité du régime en projet avec les articles 22 et 24 du règlement (UE) 2019/943, qui dépend de la véracité des scénarios sur la base desquels le manque de capacité est estimé⁶. Le Conseil ne dispose pas de la connaissance ni de l'expertise requises pour réaliser cette appréciation, de sorte que celle-ci est encore une fois laissée à la Commission européenne ».

Le projet soumis pour avis visant à modifier les règles de dérogations au prix maximum intermédiaire, il s'impose à présent d'émettre la même réserve⁷, vu notamment le caractère très technique des modifications en projet et le très bref délai limité à cinq jours ouvrables pour procéder à un examen.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

7. L'article 1^{er}, 1^o, du projet remplace la notion de « revenu médian (P50) » par celle de « revenu moyen ». À la question de savoir s'il s'agit des revenus annuels du marché de l'énergie, visés dans la définition de « missing money » figurant à l'article 1^{er}, § 2, 29^o, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, le délégué a répondu comme suit :

« Het gaat hier om de gemiddelde inkomsten op jaarbasis uit de energiemarkt, waarnaar inderdaad ook verwezen wordt in de definitie van missing money ».

Il est recommandé de le préciser dans la disposition en projet.

8. Il y a lieu de compléter le projet par un article ajoutant l'annexe 1 (lire : l'annexe) du projet à l'arrêté royal du 28 avril 2021⁸.

Annexe 1 (lire : annexe)

9. Conformément à l'article 21, § 8, alinéa 2, 5^o, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, le rendement supplémentaire requis est établi « en tenant compte de l'article 6, paragraphe 9, de la méthodologie visée à l'article 23, paragraphe 5, du Règlement Électricité (UE) 2019/943, comme déterminé en annexe au présent arrêté ». L'annexe fait une distinction entre des technologies « existantes » et des technologies « nouvelles ». À la question de savoir quelle est la finalité d'une telle distinction et comment déterminer si une technologie est nouvelle ou non, le délégué a répondu comme suit :

« Door deze vraag merken wij op dat de tabel kan verduidelijkt worden. Het gaat hier inderdaad niet over een nieuwe technologie, maar over een nieuwe capaciteit.

⁶ Note 17 de l'avis cité : *Ibid.*, considérants 237 à 245.

⁷ Voir également l'avis C.E. 69.020/3 du 13 avril 2021 sur un projet devenu l'arrêté royal du 28 avril 2021, observation 6.

⁸ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, formule F 4-2-13-4, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

Het onderscheid tussen nieuwe en bestaande capaciteit wordt voor elke aanvraag afzonderlijk bepaald. Dit onderscheid tussen investeringen in nieuwe en bestaande capaciteiten wordt gemaakt, gezien op basis van de studie van Professor Boudt die aan de grondslag van de methode ligt een hogere risicopremie wordt toegepast voor investeringen in nieuwe projecten, in vergelijking met bestaande projecten van dezelfde technologie. Het komt uiteindelijk de CREG toe, in haar toekenning al dan niet van de derogatie, om te beslissen of de investeringen van die aard zijn om te kwalificeren als nieuw of bestaand.

We stellen concreet voor de tabel aan te passen als volgt:

Eenheid(edén) in de capaciteitsmarkt/ Unité(s) du marché de capacité	Technologie van de eenheid(edén)/Technologie de la unité(s)	Zonder CAPEX investeringen met een economische levensduur ≥ 3 jaren / Sans investissement en CAPEX d'une durée de vie économique ≥ 3 ans	Met CAPEX investeringen met een economische levensduur ≥ 3 jaren / Avec investissements en CAPEX d'une durée de vie économique ≥ 3 ans
---	--	---	---

».

On peut se rallier à ces adaptations.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH