



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.796/3
van 24 januari 2022

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt teneinde een
bijkomende toewijzing in het
kader van de veiling
georganiseerd in 2021
mogelijk te maken’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 70.796/3
du 24 janvier 2022

sur

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché de
l’électricité afin de permettre
une adjudication
complémentaire pour la mise
aux enchère organisée en 2021’

Op 24 december 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 teneinde een bijkomende toewijzing in het kader van de veiling georganiseerd in 2021 mogelijk te maken’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 januari 2022. 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, 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 24 januari 2022.

*

Le 24 décembre 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 afin de permettre une adjudication complémentaire pour la mise aux enchères organisée en 2021’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 18 janvier 2022. 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.

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 24 janvier 2022.

*

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. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet heeft betrekking op het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: CRM) en strekt tot de wijziging van artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet), dat werd 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’.²

Artikel 2 van het voorontwerp voegt in artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet een nieuwe paragraaf 18 in, die het mogelijk maakt om een bijkomende toewijzing te organiseren na de eerdere, in 2021, georganiseerde veiling. De capaciteitsleverancier moet uiterlijk op 15 maart 2022 voor elke capaciteit waarvoor de bieding geselecteerd werd, het bewijs leveren dat hij beschikt over de in laatste administratieve aanleg afgeleverde vergunning(en) vereist krachtens gewestelijke regelgeving voor de bouw en uitbating, waarna de netbeheerder hierover een rapport opstelt (ontworpen eerste en tweede lid). Indien blijkt dat de afwezigheid van een vergunning voor een geselecteerde capaciteit de bevoorradingszekerheid van de Belgische regelzone voor de betrokken leveringsperiode ernstig bedreigt, kan de minister bevoegd voor energie (hierna: de minister), na overleg in de Ministerraad, instructies geven aan de netbeheerder om (1) onmiddellijk het bestaande capaciteitscontract gesloten ten gevolge van de selectie van deze capaciteit in de veiling georganiseerd in 2021 te beëindigen, en (2) over te gaan, volgens een kalender bepaald in de instructie, tot een bijkomende toewijzing voor de voornoemde veiling, met het oog op het bereiken van het vereiste volume (ontworpen derde lid). De ontworpen paragraaf 18 omvat voorts kennisgevings- en bekendmakingsverplichtingen, een vermelding van de toepasselijke werkingsregels, de beperking van deelname aan de bijkomende toewijzing voor capaciteitshouders waarvan de bieding niet werd geselecteerd na de veiling van 2021, verplichtingen tot het voorleggen van documenten op vraag van de netbeheerder en nadere regels inzake controle op en goedkeuring van de bijkomende toewijzing (ontworpen vierde tot achtste lid).

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

² Zie adv.RvS 68.506/3 van 13 januari 2021 over een voorontwerp dat tot die wet heeft geleid en adv.RvS 68.750/3 van 29 januari 2021 over amendementen op dat wetsontwerp.

Artikel 3 van het voorontwerp voegt aan artikel 7undecies, § 12, derde lid, 2°, van de Elektriciteitswet een nieuw punt c) toe, dat voorziet in een bijkomend element dat in de werkingsregels van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas moet worden opgenomen. Het betreft de verplichting voor de capaciteitshouder die een bieding wenst in te dienen om, indien een of meer vergunningen krachtens gewestelijke regelgeving vereist zijn voor de bouw en/of de uitbating van zijn capaciteit, het bewijs te leveren dat hij beschikt over deze vergunning(en) afgeleverd in laatste administratieve aanleg, voorafgaand aan de uiterste indieningsdatum van de biedingen.

De aan te nemen wet treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 4).

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Eenzijdige wijziging van de overeenkomst door de overheid

3. Het ontworpen derde lid van artikel 7undecies, § 18, van de Elektriciteitswet bepaalt dat, indien blijkt dat de afwezigheid van een vergunning voor een geselecteerde capaciteit de bevoorradingszekerheid van de Belgische regelzone voor de betrokken leveringsperiode ernstig bedreigt, de minister instructies kan geven aan de netbeheerder om (1) onmiddellijk het bestaande capaciteitscontract gesloten ten gevolge van de selectie van deze capaciteit in de veiling georganiseerd in 2021 te beëindigen, en (2) over te gaan, volgens een kalender bepaald in de instructie, tot een bijkomende toewijzing voor de voornoemde veiling.

In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat de overheid in het licht van het veranderlijkeheidsbeginsel over de mogelijkheid moet beschikken om eenzijdig overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen om redenen van algemeen belang. Daarbij wordt vooral gewezen op doelstellingen zoals de bevoorradingszekerheid die een beroep op het veranderlijkeheidsbeginsel zouden rechtvaardigen. Die doelstellingen lijken in hoofdzaak betrekking te hebben op de bijkomende toewijzing van capaciteit. Op de vraag of die motieven eveneens gelden voor de instructie tot de eventuele beëindiging van een bestaand capaciteitscontract, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“In de eerste plaats lijkt het ons opportuun te verduidelijken dat, in acht genomen de methodiek en de goedkeuring vanwege de Europese Commissie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de beëindiging van het bestaand capaciteitscontract noodzakelijk is om de voorziene bijkomende toewijzing te kunnen doen.

Het capaciteitsvergoedingsmechanisme is immers een mechanisme van staatssteun. Het mechanisme dient bijgevolg, rekening houdend met het staatssteunregime, gelimiteerd te zijn tot wat nodig is om de doelstelling van algemeen belang te bereiken. In de goedkeuring van het staatssteunmechanisme heeft de Europese Commissie dit uitdrukkelijk herbevestigd (randnummer 488). De beëindiging van het bestaande capaciteitscontract en de bijkomende toewijzing zijn bijgevolg intrinsiek gelinkt.

In de [Elektriciteitswet] is bepaald dat het doel van het capaciteitsvergoedingsmechanisme is de bevoorradingszekerheid te waarborgen. Het te bereiken niveau van bevoorradingszekerheid wordt bepaald door de betrouwbaarheidsnorm:

‘Art. 7undecies, § 7. Het niveau van bevoorradingszekerheid te bereiken door het capaciteitsvergoedingsmechanisme, komt overeen met de betrouwbaarheidsnorm. De vraagcurves voor de veilingen worden zodanig gekalibreerd dat deze betrouwbaarheidsnorm bereikt wordt.’

Concreet betekent dit dat de vraagcurve van de veilingen zodanig wordt gekalibreerd dat een volume wordt gevraagd dat nodig is om de betrouwbaarheidsnorm te waarborgen (en dus, op basis van het Koninklijk besluit van 31 augustus 2021 ‘tot vaststelling van de betrouwbaarheidsnorm en tot goedkeuring van de waarde van de verloren belasting en de kosten voor de nieuwe toegang’, het volume dat nodig is om België bloot te stellen aan maximaal drie uur ‘Loss of Load Expectation’ of ‘waarschijnlijkheid dat niet aan de vraag kan worden voldaan’).

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’ bepaalt verder volgens welke regels en berekeningen de vraagcurve vastgesteld wordt.

Voor de veiling van 2021 is dit concreet gebeurd via het Ministerieel besluit van 30 april 2021 ‘houdende instructie aan de netbeheerder om de veiling te organiseren vier jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2025, de parameters die nodig zijn voor de organisatie van voornoemde veiling, het maximale volume aan capaciteit dat kan gecontracteerd worden met alle houders van niet bewezen capaciteit, en houdende het minimaal te reserveren volume voor de veiling die één jaar voor de periode van capaciteitslevering georganiseerd wordt, overeenkomstig artikel 7undecies, § 6, eerste lid van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

De veiling van oktober 2021 heeft, na toepassing van de hiertoe voorziene regels, toegelaten om het benodigde volume te selecteren en te contracteren.

Het contracteren van een extra volume is niet mogelijk gegeven de beslissing van 27 augustus 2021 van de Europese Commissie ter goedkeuring van dit mechanisme, samen te lezen met de bovenvermelde wet en besluiten. Meer algemeen zou dit ook ingaan tegen de principes van proportionaliteit en technologie-neutraliteit.

Een bijkomende toewijzing is slechts mogelijk indien een bestaand capaciteitscontract moet worden beëindigd omdat de afwezigheid van de vergunning ervoor de bevoorradingszekerheid ernstig bedreigt. De beëindiging van het bestaand capaciteitscontract en de bijkomende toewijzing zijn dus intrinsiek gelinkt. Er wordt enkel een vervanging beoogd en niet het contracteren van een bijkomend volume.

In de tweede plaats wensen we te verduidelijken dat het veranderlijkebeginsel inderdaad ook kan worden toegepast op de beëindiging van een contract. Het veranderlijkebeginsel laat namelijk de publieke overheden die partij zijn bij een overeenkomst toe om deze overeenkomst eenzijdig te veranderen of te beëindigen, om redenen van algemeen belang. In dit geval is er inderdaad sprake van dwingende redenen van algemeen belang, namelijk het garanderen van de bevoorradingszekerheid, en dient de gecontracteerde capaciteit ook gelimiteerd te zijn tot wat nodig is voor die bevoorradingszekerheid. Als de vereisten van de openbare dienst of het algemeen belang

dit vereisen, kan de overheid het contract beëindigen (zie in die zin bijvoorbeeld B. GORS, ‘Du changement à la mutabilité, en passant par l’adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l’action administrative en général’, in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 388.)

Ten slotte wordt opgemerkt dat de Werkingsregels en de capaciteitscontracten geen ‘onveranderlijke’ rechten creëren in hoofde van de capaciteitshouders. Deze rechten kunnen per definitie gewijzigd worden tijdens de loop van het contract. De wijzigbaarheid van de werkingsregels van de CRM is uitdrukkelijk voorzien in het regelgevend kader, inclusief de mogelijke toepassing van de gewijzigde regels op de bestaande capaciteitscontracten.”

In de rechtsleer wordt omtrent het eenzijdig wijzigen of beëindigen van overeenkomsten door de overheid het volgende uiteengezet:³

“De mogelijkheid om te allen tijde in een contractuele relatie te kunnen ingrijpen ter vrijwaring van het algemeen belang vormt volgens deze redenering een wezenlijke voorwaarde voor het erkennen van de bevoegdheid van een bestuurlijke overheid om contractueel op te treden. (...) Hieruit afleiden dat de overheid louter op grond van haar bijzondere positie te allen tijde gebruik moet kunnen maken van dit bijzondere prerogatief, zodanig dat zij eenzijdig kan terugkomen op contractuele verbintenissen, lijkt echter een brug te ver en doet afbreuk aan de ruimte die het privaatrecht hiertoe biedt. Het contract zelf kan immers voldoende waarborgen bevatten ter bescherming van het algemeen belang (...). De overheid kan bijvoorbeeld korte opzegtermijnen of bevrijdingsclausules bedingen in geval van dringende gevallen of om te voldoen aan dwingende wettelijke verplichtingen.”

Met de ontworpen regeling wordt alvast een uitdrukkelijke wettelijke grondslag gecreëerd voor het wijzigen of beëindigen van de betrokken overeenkomst op instructie van de overheid. Dat neemt niet weg dat ook voor die uitdrukkelijke wettelijke grondslag moet kunnen worden gesteund op redenen van algemeen belang, temeer daar in de artikelen 12.1 en volgende van de reeds gesloten capaciteitscontracten tussen Elia en de capaciteitshouders⁴ specifieke clausules staan inzake de schorsing of beëindiging van de overeenkomst(en) die de betrokken partijen zijn overeengekomen. De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Het huidige capaciteitscontract bevat een aantal generieke mogelijkheden die Elia toelaten het contract te beëindigen, zo bijvoorbeeld ook het artikel 12.1 dat stelt dat Elia het contract kan beëindigen zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst in de gevallen en volgens de procedures bepaald in de Elektriciteitswet, in diens uitvoeringsbesluiten, in de Werkingsregels en in de andere artikelen van dit contract of in dit artikel.

Het is inderdaad zo dat de thans voorgestelde regeling nog niet voorzien was in het capaciteitscontract, aangezien het niet behaald hebben van de relevante vergunningen overeenkomstig de Werkingsregels slechts kan leiden tot de beëindiging van het capaciteitscontract vanwege de capaciteitshouder op 31 augustus 2023 en vanwege Elia pas op 31 augustus 2025.

³ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, en K.J. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht”, *TPR* 2016, 497-498.

⁴https://www.elia.be/-/media/project/elia/elia-site/users-group/crm-implementation/documents/20210910_capaciteitscontract-nl.pdf

Ten gevolge van de formele weigering van de omgevingsvergunning van één van de geselecteerde projecten voor een aanzienlijke capaciteit, wordt vastgesteld dat beide momenten te laat komen om de ontwikkeling van alternatieve omvangrijke capaciteiten toe te laten en dat deze situatie bijgevolg een onaanvaardbaar risico voor de bevoorradingszekerheid stelt. Als toegelicht in de memorie van toelichting leiden de bestaande maatregelen vooral tot het vaststellen en sanctioneren van de onbeschikbaarheid van een capaciteit vanaf 1 november 2025, maar niet tot het verzekeren van de effectieve beschikbaarheid van een capaciteit die vanaf die datum nodig is voor de bevoorradingszekerheid, voor zover het een aanzienlijk volume betreft.

Specifiek wat nieuwe thermische centrales betreft, wordt vastgesteld dat een periode van drieënhalve jaar na het verkrijgen van de vergunningen nodig is om ze te ontwikkelen, te bouwen en in bedrijf te stellen. Deze periode wordt onder meer bevestigd op basis van de informatie die werd verstrekt door de capaciteitshouders in het kader van de in oktober 2021 georganiseerde veiling. Een van de belangrijkste onderdelenleveranciers schat ook uit ervaring in dat het drieënhalve jaar duurt om een thermische centrale te bouwen.

Indien de houder van een dergelijke capaciteit, die in een veiling is geselecteerd vier jaar vóór de periode van capaciteitslevering, drieënhalve jaar vóór de periode van capaciteitslevering de constructie niet kan aanvatten, wordt het bijna onmogelijk of bijzonder ingewikkeld om over alle voor die periode geselecteerde capaciteit te beschikken, terwijl die nochtans nodig zijn voor de bevoorradingszekerheid voor deze periode. In ieder geval lijkt het risico dat deze capaciteit aan het begin van de periode van capaciteitslevering niet beschikbaar is, zeer groot. Indien deze potentieel onbeschikbare capaciteit van aanzienlijke omvang is, komt de bevoorradingszekerheid als zodanig ernstig in gevaar. De penaliteiten en andere modaliteiten voorzien in het capaciteitscontract volstaan dus niet in het geval van een capaciteit van een aanzienlijk volume waarvoor een probleem als dat van het gebrek aan vergunning zich stelt, zoals uiteengezet in de memorie van toelichting.

Ook andere alternatieve oplossingen volstaan voor deze situatie niet, zoals onderzocht en uiteengezet in de memorie van toelichting. Bovendien dient hier rekening te worden gehouden met de enorme schade voor de Belgische economie en maatschappij die niets doen met zich zou kunnen meebrengen.

Bijgevolg is de wijziging die thans wordt voorgesteld noodzakelijk en proportioneel.”

Hoewel de Raad van State geen kennis heeft van alle relevante feitelijke gegevens in dit verband, lijkt het noodzakelijke en proportionele karakter van het ingrijpen in bestaande contractuele verhoudingen in het licht van deze uitleg en de omstandige verantwoording in de memorie van toelichting te kunnen worden aanvaard.

B. Gelijkheidsbeginsel

4. De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat enkel capaciteitshouders aan de bijkomende toewijzing kunnen deelnemen die in 2021 een bieding hebben ingediend en waarvan de bieding niet is geselecteerd (ontworpen artikel 7undecies, § 18, vijfde lid, van de Elektriciteitswet). In de memorie van toelichting wordt het verschil in behandeling tussen die capaciteitshouders onderling verantwoord in het licht van de doelstelling van het verwezenlijken van “een zo beperkt mogelijke impact op de initiële toewijzing”. Op de vraag of dat motief een

marktafsluiting kan verantwoorden, zelfs voor eventuele nieuwe geïnteresseerden die mogelijk ook tijdig een gewestelijke vergunning zouden kunnen verkrijgen, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“In de eerste plaats merken we op dat de voorbereidingstijd die nodig is, niet alleen voor de indiening maar ook voor de beoordeling door de netbeheerder en de commissie van nieuwe prekwalificatie- en investeringsdossiers, ertoe zou leiden dat de periode van 3,5 jaar tussen het afsluiten van het/de nieuwe capaciteitscontract(en) en de capaciteitsleveringsperiode niet gerespecteerd kan worden, waardoor de bevoorradingszekerheid niet gegarandeerd wordt. Het ‘openstellen’ van deze bijkomende toewijzing aan partijen die niet hadden deelgenomen aan de veiling in oktober 2021, is omwille van de doelstelling van algemeen belang dus onhaalbaar.

Verder wordt inderdaad beoogd om de veiling van 2021 te repareren, en niet om een nieuwe veiling te organiseren. Op deze manier wordt gebleven binnen het schema van veilingen respectievelijk vier jaar en één jaar vóór de periode van capaciteitslevering, dat werd gevalideerd door de Europese Commissie. Toelaten dat partijen deelnemen die niet hadden deelgenomen aan de veiling van 2021 zou er in de feiten op neerkomen dat een nieuwe veiling wordt georganiseerd.

Het doel van het organiseren van veilingen respectievelijk vier jaar en één jaar vóór de periode van capaciteitslevering is, enerzijds, om het principe van technologieneutraliteit te waarborgen (alle technologieën, die onderling verschillende realisatietermijnen hebben, moeten een reële mogelijkheid hebben om aan het mechanisme deel te nemen, bijvoorbeeld batterijen, thermische centrales, vraagzijdebeheer, enz.) en, anderzijds, om zowel bestaande als bijkomende capaciteiten, d.w.z. nieuw te bouwen installaties (dewelke relatief lange realisatietermijnen nodig hebben), de mogelijkheid te bieden om deel te nemen.

De marktpartijen kennen deze kalender en kunnen zich op die manier ook terdege voorbereiden op de aankomende veilingen. Toelaten dat partijen die geen bieding hebben ingediend in 2021 zich nu alsnog zouden aanbieden, zou een nieuw onderscheid tussen partijen creëren en creëert bijgevolg het risico dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, terwijl een bijkomende toewijzing onder de deelnemende kandidaten het gelijkheidsbeginsel zoveel mogelijk garandeert.

De voorgestelde manier van werken heeft dus inderdaad het minste impact op de initiële toewijzing, maar ook op de toekomstige veilingen.”

Met deze verantwoording kan worden ingestemd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5. Er wordt ter overweging gegeven om, onder meer rekening houdend met de doelstelling om de toewijzing te baseren op de biedingen zoals ze in 2021 zijn ingediend (zie daarover ook opmerking 7), de machtiging aan de minister in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, derde lid, 2°, van de Elektriciteitswet tot het bepalen van een “kalender” (in de Franse tekst: “calendrier détaillé”)⁵ aan te vullen met een machtiging aan de Koning om andere procedurele

⁵ Er moet worden gewaakt over de overeenstemming tussen de twee taalversies.

aspecten van de toewijzing te regelen. Daarbij zou moeten worden verduidelijkt dat die procedurele aspecten (of in voorkomend geval de kalender) kunnen afwijken van hetgeen is bepaald in artikel 7*undecies*, § 10, van de Elektriciteitswet.

6. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, vijfde lid, van de Elektriciteitswet moeten de zinsnede “in de initiële toewijzing” en de zinsnede “in deze initiële toewijzing” respectievelijk worden vervangen door de zinsnede “bij de initiële toewijzing” en de zinsnede “bij deze initiële toewijzing”.

7. In de toelichting bij het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, zesde lid, van de Elektriciteitswet wordt vermeld dat het de bedoeling is dat de toewijzing is gebaseerd op de biedingen zoals ze zijn ingediend in 2021 (karakteristieken van de CMU, volume, prijs, enz.). Die doelstelling blijkt echter onvoldoende duidelijk uit de tekst van het ontworpen lid, dat bijgevolg moet worden geherformuleerd. Bij die herformulering moet overigens rekening worden gehouden met het gegeven dat de betrokkenen vrij beslissen over hun deelname aan de bijkomende toewijzing (zie ook opmerking 8).

8. Het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, zevende lid, van de Elektriciteitswet bepaalt dat “[d]e capaciteitshouders bedoeld in het vijfde lid, tweede zin” ertoe gehouden zijn om op vraag van de netbeheerder vergunningen en financiële garanties te bezorgen. Het ontworpen vijfde lid betreft capaciteitshouders die in 2021 een bieding hebben ingediend en niet zijn geselecteerd. De memorie van toelichting bij dat zevende lid luidt als volgt:

“De capaciteitshouders die in aanmerking komen voor de bijkomende toewijzing, dienen noodzakelijkerwijze de hier bepaalde acties te ondernemen.”

De gemachtigde bevestigde evenwel dat de zinsnede “staat enkel open” in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, vijfde lid, van de Elektriciteitswet zo moet worden begrepen dat de capaciteitshouders waarvan de bieding tijdens de veiling van 2021 niet werd geselecteerd niet verplicht zijn om deel te nemen aan de bijkomende toewijzing, en dat het dus gaat om een louter vrijwillige deelname. In de tekst van (en in de memorie van toelichting bij) het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, zevende lid, van de Elektriciteitswet moet dan ook duidelijker tot uiting komen dat de verplichting tot het bezorgen van vergunningen en financiële garanties enkel geldt voor capaciteitshouders die vrijwillig hebben deelgenomen aan de bijkomende veiling.

Om de draagwijdte van artikel 7*undecies*, § 18, zevende lid, van de Elektriciteitswet te verhelderen en om de doelstelling om af te wijken van de algemene regels te verduidelijken, verdient het aanbeveling de aanvang van dit lid als volgt te herformuleren: “In afwijking van paragraaf 12, derde lid, 2°, c), en paragraaf 12, derde lid, 6°, zijn de capaciteitshouders bedoeld in het vijfde lid die deelnemen aan de procedure voor een bijkomende toewijzing, ertoe gehouden (...)”.

9. Op de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van het niet tijdig verzenden van de in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 18, zevende lid, van de Elektriciteitswet bedoelde documenten en of de netbeheerder over de mogelijkheid beschikt om eventueel een bijkomende termijn te verlenen, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Indien niet voldaan wordt aan één of beide voorwaarden, komt de betrokken capaciteit inderdaad niet in aanmerking (...) voor de bijkomende toewijzing.

Wat betreft een eventuele bijkomende termijn: de gedetailleerde kalender van de bijkomende toewijzing zal vastgelegd worden in het ministerieel besluit, waarin dit desgevallend kan worden meegenomen.”

In de huidige ontworpen bepaling wordt niet voorzien in de mogelijkheid tot afwijking van de (korte) termijn van drie werkdagen. Dat zou dan ook uitdrukkelijk moeten worden bepaald, door het opnemen van een machtiging daartoe aan de minister.

*

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. L'avant-projet de loi soumis pour avis concerne le mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : CRM) et a pour objet de modifier 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' ².

L'article 2 de l'avant-projet insère dans l'article 7undecies de la loi sur l'électricité un nouveau paragraphe 18, qui permet d'organiser une adjudication complémentaire après la mise aux enchères antérieure organisée en 2021. Pour chaque capacité dont l'offre a été sélectionnée, le fournisseur de capacité doit apporter, pour le 15 mars 2022 au plus tard, la preuve qu'il s'est vu octroyer en dernière instance administrative le(s) permis requis en vertu de la réglementation régionale pour sa construction et son exploitation, après quoi le gestionnaire du réseau rédige un rapport à ce sujet (alinéas 1^{er} et 2 en projet). S'il s'avère que l'absence de permis octroyé pour une capacité sélectionnée menace gravement la sécurité d'approvisionnement de la zone de réglage belge pour la période de fourniture concernée, le ministre qui a l'énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) peut, après concertation en Conseil des ministres, donner au gestionnaire du réseau des instructions pour (1) résilier sans délai le contrat de capacité existant conclu à la suite de la sélection de cette capacité lors de la mise aux enchères organisée en 2021, et (2) procéder, selon un calendrier détaillé déterminé dans l'instruction, à une adjudication complémentaire pour la mise aux enchères précitée, en vue d'atteindre le volume de capacité requis (alinéa 3 en projet). Le paragraphe 18 en projet comporte également des obligations de notification et de publication, mentionne les règles de fonctionnement applicables, limite la participation à l'adjudication complémentaire pour les détenteurs de capacité dont l'offre n'a pas été sélectionnée après la mise aux enchères de 2021, contient des obligations relatives à la présentation de documents à la demande du gestionnaire du réseau ainsi que des modalités de contrôle et d'approbation de l'adjudication complémentaire (alinéas 4 à 8 en projet).

L'article 3 de l'avant-projet ajoute à l'article 7undecies, § 12, alinéa 3, 2^o, de la loi sur l'électricité un nouveau point c) qui prévoit un élément supplémentaire à insérer dans les règles de fonctionnement de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz. Il s'agit de l'obligation, pour le détenteur de capacité qui souhaite soumettre une offre, si un ou plusieurs

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

² Voir l'avis C.E. 68.506/3 du 13 janvier 2021 sur un avant-projet devenu cette loi et l'avis C.E. 68.750/3 du 29 janvier 2021 sur des amendements à ce projet de loi.

permis sont requis en vertu de la réglementation régionale pour la construction et/ou l'exploitation de sa capacité, de fournir la preuve qu'il s'est vu octroyer ce(s) permis en dernière instance administrative, avant la date limite de soumission des offres.

La loi dont l'adoption est envisagée entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 4).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Modification unilatérale du contrat par l'autorité

3. L'alinéa 3, en projet, de l'article 7*undecies*, § 18, de la loi sur l'électricité dispose que, s'il s'avère que l'absence de permis octroyé pour une capacité sélectionnée menace gravement la sécurité d'approvisionnement de la zone de réglage belge pour la période de fourniture de capacité concernée, le ministre peut donner au gestionnaire du réseau des instructions pour (1) résilier sans délai le contrat de capacité existant conclu à la suite de la sélection de cette capacité lors de la mise aux enchères organisée en 2021, et (2) procéder, selon un calendrier détaillé déterminé dans l'instruction, à une adjudication complémentaire pour la mise aux enchères précitée.

L'exposé des motifs souligne qu'au regard du principe de mutabilité, l'autorité doit disposer de la faculté de modifier ou de résilier unilatéralement des contrats pour des motifs d'intérêt général. À cet égard, l'attention est surtout attirée sur des objectifs comme la sécurité d'approvisionnement qui justifieraient d'invoquer le principe de mutabilité. Ces objectifs semblent concerner principalement l'adjudication complémentaire de capacité. À la question de savoir si ces motifs s'appliquent également à l'instruction de résiliation éventuelle d'un contrat de capacité existant, le délégué a répondu en ces termes :

« In de eerste plaats lijkt het ons opportuun te verduidelijken dat, in acht genomen de methodiek en de goedkeuring vanwege de Europese Commissie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de beëindiging van het bestaand capaciteitscontract noodzakelijk is om de voorziene bijkomende toewijzing te kunnen doen.

Het capaciteitsvergoedingsmechanisme is immers een mechanisme van staatssteun. Het mechanisme dient bijgevolg, rekening houdend met het staatssteunregime, gelimiteerd te zijn tot wat nodig is om de doelstelling van algemeen belang te bereiken. In de goedkeuring van het staatssteunmechanisme heeft de Europese Commissie dit uitdrukkelijk herbevestigd (randnummer 488). De beëindiging van het bestaande capaciteitscontract en de bijkomende toewijzing zijn bijgevolg intrinsiek gelinkt.

In de [Elektriciteitswet] is bepaald dat het doel van het capaciteitsvergoedingsmechanisme is de bevoorradingszekerheid te waarborgen. Het te bereiken niveau van bevoorradingszekerheid wordt bepaald door de betrouwbaarheidsnorm:

‘Art. 7*undecies*, § 7. Het niveau van bevoorradingszekerheid te bereiken door het capaciteitsvergoedingsmechanisme, komt overeen met de betrouwbaarheidsnorm. De vraagcurves voor de veilingen worden zodanig gekalibreerd dat deze betrouwbaarheidsnorm bereikt wordt.’

Concreet betekent dit dat de vraagcurve van de veilingen zodanig wordt gekalibreerd dat een volume wordt gevraagd dat nodig is om de betrouwbaarheidsnorm te waarborgen (en dus, op basis van het Koninklijk besluit van 31 augustus 2021 'tot vaststelling van de betrouwbaarheidsnorm en tot goedkeuring van de waarde van de verloren belasting en de kosten voor de nieuwe toegang', het volume dat nodig is om België bloot te stellen aan maximaal drie uur 'Loss of Load Expectation' of 'waarschijnlijkheid dat niet aan de vraag kan worden voldaan').

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' bepaalt verder volgens welke regels en berekeningen de vraagcurve vastgesteld wordt.

Voor de veiling van 2021 is dit concreet gebeurd via het Ministerieel besluit van 30 april 2021 'houdende instructie aan de netbeheerder om de veiling te organiseren vier jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2025, de parameters die nodig zijn voor de organisatie van voornoemde veiling, het maximale volume aan capaciteit dat kan gecontracteerd worden met alle houders van niet bewezen capaciteit, en houdende het minimaal te reserveren volume voor de veiling die één jaar voor de periode van capaciteitslevering georganiseerd wordt, overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 6, eerste lid van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

De veiling van oktober 2021 heeft, na toepassing van de hiertoe voorziene regels, toegelaten om het benodigde volume te selecteren en te contracteren.

Het contracteren van een extra volume is niet mogelijk gegeven de beslissing van 27 augustus 2021 van de Europese Commissie ter goedkeuring van dit mechanisme, samen te lezen met de bovenvermelde wet en besluiten. Meer algemeen zou dit ook ingaan tegen de principes van proportionaliteit en technologie-neutraliteit.

Een bijkomende toewijzing is slechts mogelijk indien een bestaand capaciteitscontract moet worden beëindigd omdat de afwezigheid van de vergunning ervoor de bevoorradingszekerheid ernstig bedreigt. De beëindiging van het bestaand capaciteitscontract en de bijkomende toewijzing zijn dus intrinsiek gelinkt. Er wordt enkel een vervanging beoogd en niet het contracteren van een bijkomend volume.

In de tweede plaats wensen we te verduidelijken dat het veranderlijkheidsbeginsel inderdaad ook kan worden toegepast op de beëindiging van een contract. Het veranderlijkheidsbeginsel laat namelijk de publieke overheden die partij zijn bij een overeenkomst toe om deze overeenkomst eenzijdig te veranderen of te beëindigen, om redenen van algemeen belang. In dit geval is er inderdaad sprake van dwingende redenen van algemeen belang, namelijk het garanderen van de bevoorradingszekerheid, en dient de gecontracteerde capaciteit ook gelimiteerd te zijn tot wat nodig is voor die bevoorradingszekerheid. Als de vereisten van de openbare dienst of het algemeen belang dit vereisen, kan de overheid het contract beëindigen (zie in die zin bijvoorbeeld B. GORS, 'Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général', in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 388.)

Ten slotte wordt opgemerkt dat de Werkingsregels en de capaciteitscontracten geen ‘onveranderlijke’ rechten creëren in hoofde van de capaciteitshouders. Deze rechten kunnen per definitie gewijzigd worden tijdens de loop van het contract. De wijzigbaarheid van de werkingsregels van de CRM is uitdrukkelijk voorzien in het regelgevend kader, inclusief de mogelijke toepassing van de gewijzigde regels op de bestaande capaciteitscontracten ».

À propos de la modification ou résiliation unilatérales de contrats par l'autorité, la doctrine expose ce qui suit ³ :

« De mogelijkheid om te allen tijde in een contractuele relatie te kunnen ingrijpen ter vrijwaring van het algemeen belang vormt volgens deze redenering een wezenlijke voorwaarde voor het erkennen van de bevoegdheid van een bestuurlijke overheid om contractueel op te treden. (...) Hieruit afleiden dat de overheid louter op grond van haar bijzondere positie te allen tijde gebruik moet kunnen maken van dit bijzondere prerogatief, zodanig dat zij eenzijdig kan terugkomen op contractuele verbintenissen, lijkt echter een brug te ver en doet afbreuk aan de ruimte die het privaatrecht hiertoe biedt. Het contract zelf kan immers voldoende waarborgen bevatten ter bescherming van het algemeen belang (...). De overheid kan bijvoorbeeld korte opzegtermijnen of bevrijdingsclausules bedingen in geval van dringende gevallen of om te voldoen aan dwingende wettelijke verplichtingen ».

La réglementation en projet crée assurément un fondement légal exprès pour modifier ou résilier le contrat concerné sur instruction de l'autorité. Il n'en demeure pas moins que ce fondement légal exprès doit également pouvoir se fonder sur des motifs d'intérêt général, d'autant que les articles 12.1 et suivants des contrats de capacité déjà conclus entre Elia et les détenteurs de capacité ⁴ contiennent des clauses spécifiques de suspension ou de résiliation du(des) contrat(s) passé(s) entre les parties concernées. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het huidige capaciteitscontract bevat een aantal generieke mogelijkheden die Elia toelaten het contract te beëindigen, zo bijvoorbeeld ook het artikel 12.1 dat stelt dat Elia het contract kan beëindigen zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst in de gevallen en volgens de procedures bepaald in de Elektriciteitswet, in diens uitvoeringsbesluiten, in de Werkingsregels en in de andere artikelen van dit contract of in dit artikel.

Het is inderdaad zo dat de thans voorgestelde regeling nog niet voorzien was in het capaciteitscontract, aangezien het niet behaald hebben van de relevante vergunningen overeenkomstig de Werkingsregels slechts kan leiden tot de beëindiging van het capaciteitscontract vanwege de capaciteitshouder op 31 augustus 2023 en vanwege Elia pas op 31 augustus 2025.

Ten gevolge van de formele weigering van de omgevingsvergunning van één van de geselecteerde projecten voor een aanzienlijke capaciteit, wordt vastgesteld dat beide momenten te laat komen om de ontwikkeling van alternatieve omvangrijke capaciteiten toe te laten en dat deze situatie bijgevolg een onaanvaardbaar risico voor de bevoorradingszekerheid stelt. Als toegelicht in de memorie van toelichting leiden de

³ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, et K.J. VANDORMAEL, « Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaats- en publiekrecht », *TPR* 2016, pp. 497-498.

⁴ https://www.elia.be/-/media/project/elia/elia-site/users-group/crm-implementation/documents/20210910_contrat-de-capacite-fr.pdf

bestaande maatregelen vooral tot het vaststellen en sanctioneren van de onbeschikbaarheid van een capaciteit vanaf 1 november 2025, maar niet tot het verzekeren van de effectieve beschikbaarheid van een capaciteit die vanaf die datum nodig is voor de bevoorradingszekerheid, voor zover het een aanzienlijk volume betreft.

Specifiek wat nieuwe thermische centrales betreft, wordt vastgesteld dat een periode van drieënhalf jaar na het verkrijgen van de vergunningen nodig is om ze te ontwikkelen, te bouwen en in bedrijf te stellen. Deze periode wordt onder meer bevestigd op basis van de informatie die werd verstrekt door de capaciteitshouders in het kader van de in oktober 2021 georganiseerde veiling. Een van de belangrijkste onderdelenleveranciers schat ook uit ervaring in dat het drieënhalf jaar duurt om een thermische centrale te bouwen.

Indien de houder van een dergelijke capaciteit, die in een veiling is geselecteerd vier jaar vóór de periode van capaciteitslevering, drieënhalf jaar vóór de periode van capaciteitslevering de constructie niet kan aanvatten, wordt het bijna onmogelijk of bijzonder ingewikkeld om over alle voor die periode geselecteerde capaciteit te beschikken, terwijl die nochtans nodig zijn voor de bevoorradingszekerheid voor deze periode. In ieder geval lijkt het risico dat deze capaciteit aan het begin van de periode van capaciteitslevering niet beschikbaar is, zeer groot. Indien deze potentieel onbeschikbare capaciteit van aanzienlijke omvang is, komt de bevoorradingszekerheid als zodanig ernstig in gevaar. De penaliteiten en andere modaliteiten voorzien in het capaciteitscontract volstaan dus niet in het geval van een capaciteit van een aanzienlijk volume waarvoor een probleem als dat van het gebrek aan vergunning zich stelt, zoals uiteengezet in de memorie van toelichting.

Ook andere alternatieve oplossingen volstaan voor deze situatie niet, zoals onderzocht en uiteengezet in de memorie van toelichting. Bovendien dient hier rekening te worden gehouden met de enorme schade voor de Belgische economie en maatschappij die niets doen met zich zou kunnen meebrengen.

Bijgevolg is de wijziging die thans wordt voorgesteld noodzakelijk en proportioneel ».

Bien que le Conseil d'État n'ait pas connaissance de tous les éléments de fait pertinents à cet égard, le caractère nécessaire et proportionné de l'intervention dans les relations contractuelles existantes semble pouvoir être admis au regard de ces explications et de la justification circonstanciée inscrite dans l'exposé des motifs.

B. Principe d'égalité

4. Il résulte du régime en projet que seuls les détenteurs de capacité ayant soumis en 2021 une offre qui n'a pas été sélectionnée peuvent participer à l'adjudication complémentaire (article 7undecies, § 18, alinéa 5, en projet, de la loi sur l'électricité). L'exposé des motifs justifie la différence de traitement entre ces détenteurs de capacité au regard de l'objectif de réaliser un « impact aussi limité que possible sur l'adjudication initiale ». À la question de savoir si ce motif peut justifier une fermeture du marché, même pour de nouvelles personnes intéressées éventuelles qui pourraient également obtenir un permis régional en temps utile, le délégué a répondu ce qui suit :

« In de eerste plaats merken we op dat de voorbereidingstijd die nodig is, niet alleen voor de indiening maar ook voor de beoordeling door de netbeheerder en de

commissie van nieuwe prekwalificatie- en investeringsdossiers, ertoe zou leiden dat de periode van 3,5 jaar tussen het afsluiten van het/de nieuwe capaciteitscontract(en) en de capaciteitsleveringsperiode niet gerespecteerd kan worden, waardoor de bevoorradingszekerheid niet gegarandeerd wordt. Het 'openstellen' van deze bijkomende toewijzing aan partijen die niet hadden deelgenomen aan de veiling in oktober 2021, is omwille van de doelstelling van algemeen belang dus onhaalbaar.

Verder wordt inderdaad beoogd om de veiling van 2021 te repareren, en niet om een nieuwe veiling te organiseren. Op deze manier wordt gebleven binnen het schema van veilingen respectievelijk vier jaar en één jaar vóór de periode van capaciteitslevering, dat werd gevalideerd door de Europese Commissie. Toelaten dat partijen deelnemen die niet hadden deelgenomen aan de veiling van 2021 zou er in de feiten op neerkomen dat een nieuwe veiling wordt georganiseerd.

Het doel van het organiseren van veilingen respectievelijk vier jaar en één jaar vóór de periode van capaciteitslevering is, enerzijds, om het principe van technologie-neutraliteit te waarborgen (alle technologieën, die onderling verschillende realisatietermijnen hebben, moeten een reële mogelijkheid hebben om aan het mechanisme deel te nemen, bijvoorbeeld batterijen, thermische centrales, vraagzijdebeheer, enz.) en, anderzijds, om zowel bestaande als bijkomende capaciteiten, d.w.z. nieuw te bouwen installaties (dewelke relatief lange realisatietermijnen nodig hebben), de mogelijkheid te bieden om deel te nemen.

De marktpartijen kennen deze kalender en kunnen zich op die manier ook terdege voorbereiden op de aankomende veilingen. Toelaten dat partijen die geen bieding hebben ingediend in 2021 zich nu alsnog zouden aanbieden, zou een nieuw onderscheid tussen partijen creëren en creëert bijgevolg het risico dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, terwijl een bijkomende toewijzing onder de deelnemende kandidaten het gelijkheidsbeginsel zoveel mogelijk garandeert.

De voorgestelde manier van werken heeft dus inderdaad het minste impact op de initiële toewijzing, maar ook op de toekomstige veilingen ».

On peut se rallier à cette justification.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

5. Compte tenu notamment de l'objectif de baser l'adjudication sur les offres telles qu'elles ont été soumises en 2021 (voir également, à ce sujet, l'observation 7), il est suggéré de compléter l'habilitation au ministre lui permettant de déterminer un « calendrier détaillé » (dans le texte néerlandais : « kalender »)⁵, inscrite à l'article 7undecies, § 18, alinéa 3, 2°, en projet, de la loi sur l'électricité, par une habilitation conférée au Roi lui permettant de régler d'autres aspects de l'adjudication. À cet égard, il faudrait préciser que ces aspects de procédure (ou, le cas échéant, le calendrier) peuvent déroger à la disposition de l'article 7undecies, § 10, de la loi sur l'électricité.

⁵ Il faudra veiller à la concordance entre les deux versions linguistiques.

6. Dans le texte néerlandais de l'article 7*undecies*, § 18, alinéa 5, en projet, de la loi sur l'électricité, les membres de phrase « in de initiële toewijzing » et « in deze initiële toewijzing » doivent être remplacés respectivement par les membres de phrase « bij de initiële toewijzing » et « bij deze initiële toewijzing ».

7. Le commentaire consacré à l'article 7*undecies*, § 18, alinéa 6, en projet, de la loi sur l'électricité indique que l'intention est que l'adjudication se base sur les offres telles qu'elles ont été soumises en 2021 (caractéristiques du CMU, volume, prix, etc.). Or, le texte de l'alinéa en projet ne fait pas ressortir cette intention avec suffisamment de clarté et il convient dès lors de le reformuler. Par ailleurs, cette reformulation devra tenir compte du fait que les personnes intéressées décident librement de participer à l'adjudication complémentaire (voir également l'observation 8).

8. L'article 7*undecies*, § 18, alinéa 7, en projet, de la loi sur l'électricité dispose que « [l]es détenteurs de capacité visés à l'alinéa 5, seconde phrase » sont tenus de fournir les permis et les garanties financières à la demande du gestionnaire du réseau. L'alinéa 5 en projet concerne les détenteurs de capacité qui ont soumis une offre en 2021 et qui n'ont pas été sélectionnés. L'exposé des motifs consacré à cet alinéa 7 s'énonce comme suit :

« Les détenteurs de capacité qui entrent en considération pour l'adjudication complémentaire, doivent nécessairement entreprendre les actions stipulées ici ».

Le délégué a toutefois confirmé que le membre de phrase « ouverte aux seuls détenteurs de capacité » figurant à l'article 7*undecies*, § 18, alinéa 5, en projet, de la loi sur l'électricité doit être interprété en ce sens que les détenteurs de capacité dont l'offre n'a pas été sélectionnée lors de la mise aux enchères de 2021, ne sont pas obligés de participer à l'adjudication complémentaire et qu'il s'agit donc d'une participation purement volontaire. Le texte (et l'exposé des motifs) de l'article 7*undecies*, § 18, alinéa 7, en projet, de la loi sur l'électricité, doit dès lors faire apparaître plus clairement que l'obligation de fournir les permis et les garanties financières s'applique uniquement aux détenteurs de capacité qui ont volontairement participé à l'adjudication complémentaire.

Afin de clarifier la portée de l'article 7*undecies*, § 18, alinéa 7, de la loi sur l'électricité et de préciser l'objectif de déroger aux règles générales, il est recommandé de reformuler le début de cet alinéa comme suit : « Par dérogation au paragraphe 12, alinéa 3, 2°, c), et au paragraphe 12, alinéa 3, 6°, les détenteurs de capacité visés à l'alinéa 5 qui participent à la procédure d'adjudication complémentaire, sont tenus (...) ».

9. À la question de savoir quels sont les effets juridiques de l'envoi tardif des documents visés à l'article 7*undecies*, § 18, alinéa 7, en projet, de la loi sur l'électricité et si le gestionnaire du réseau dispose de la faculté d'accorder, le cas échéant, un délai supplémentaire, le délégué a donné la réponse suivante :

« Indien niet voldaan wordt aan één of beide voorwaarden, komt de betrokken capaciteit inderdaad niet in aanmerking (...) voor de bijkomende toewijzing.

Wat betreft een eventuele bijkomende termijn: de gedetailleerde kalender van de bijkomende toewijzing zal vastgelegd worden in het ministerieel besluit, waarin dit desgevallend kan worden meegenomen ».

La disposition actuelle en projet ne prévoit pas la possibilité de déroger au (bref) délai de trois jours ouvrables. Il faudrait dès lors le prévoir expressément en insérant une habilitation à cet effet au ministre.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH