



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 71.647/3
van 5 juli 2022

avis 71.647/3
du 5 juillet 2022

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot vaststelling van de
berekenningsmethode en de
modaliteiten van de controle
van de kost van de strategische
reserve en het
capaciteitsvergoedings-
mechanisme'

un projet d'arrêté royal 'fixant
le mode de calcul et les
modalités de contrôle du coût
de la réserve stratégique et du
mécanisme de rémunération de
capacité'

Op 7 juni 2022 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 berekeningsmethode en de modaliteiten van de controle van de kost van de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 28 juni 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 5 juli 2022.

*

Le 7 juin 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘fixant le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 28 juin 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 5 juillet 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 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 heeft betrekking op de in aanmerking te nemen kosten van de strategische reserve en van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, de berekeningsmethode ervan en de controle erop. Die kosten houden verband met de openbaredienstverplichtingen van de netbeheerder en worden gefinancierd overeenkomstig artikel 21*quinquies* van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat een aantal definities (artikel 1).

Hoofdstuk 2 regelt de in aanmerking komende kosten en de berekeningswijze ervan (artikelen 2 tot 16).

Hoofdstuk 3 bevat een aantal beginselen en voorwaarden inzake de controle van de kosten (artikelen 17 tot 50).

In hoofdstuk 4 van het ontwerp zijn bepalingen opgenomen inzake de verslagen *ex ante* en *ex post* aan de hand waarvan de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: de CREG) de kosten van de netbeheerder controleert (artikelen 51 tot 55).

Het te nemen besluit, dat niet van toepassing is op de bepaling van de saldi met betrekking tot de kosten van de activiteiten van de netbeheerder die verband houden met de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme voor het jaar 2021 (artikel 56, tweede lid, van het ontwerp), treedt in werking op de dag van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 56, eerste lid, van het ontwerp).

RECHTSGROND

3. De artikelen 1 tot 50 van het ontwerp vinden rechtsgrond in de artikelen 7*octies*, tweede lid, en 7*undecies*, § 15, derde lid, van de wet van 29 april 1999, waarbij de Koning wordt gemachtigd om de berekeningsmethode en de nadere regels te bepalen voor de controle van de kosten van de maatregelen die verband houden met de strategische reserve, alsook om de berekeningsmethode en de nadere regels te bepalen voor de controle van de kosten van de maatregelen die verband houden met het capaciteitsvergoedingsmechanisme.

Voor de artikelen 51 tot 55 van het ontwerp, die betrekking hebben op de verslagen over de kosten en ontvangsten inzake de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de voormelde wetsbepalingen.

VORMVEREISTEN

4. De ontworpen maatregel is de compensatie van een openbardienstverplichting. Een dergelijke maatregel moet niet worden beschouwd als bij de Europese Commissie aan te melden staatssteun, op voorwaarde dat de regeling voldoet aan de vier voorwaarden van het arrest *Altmark*,¹ onder meer de voorwaarde dat er geen overcompensatie mag zijn van de kosten die de netbeheerder oploopt voor de uitvoering van de betrokken openbardienstverplichtingen.

Hoewel in dit verband een voorbehoud moet worden gemaakt gelet op het technische karakter van het ontwerp (zie ook opmerking 5), kan worden vastgesteld dat het ontwerp een bijna volledige overname inhoudt van het voorstel van de CREG van 7 april 2022.² In dat voorstel wordt uitgegaan van de volgende principes, die deels overeenstemmen met de voormelde *Altmark*-criteria:

- principe 1: constante aandacht voor het beheer van de kosten en het redelijke karakter van de elementen te dekken door het budget van de federale staat;
- principe 2: transparantie van budgetten en saldi;
- principe 3: duidelijke opsplitsing tussen de kosten van de transmissienetbeheerder en de kosten van de openbardienstverplichtingen strategische reserve en capaciteitsvergoedingsmechanisme.

¹ HvJ 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, punten 89 tot 93. De vier voorwaarden zijn de volgende:

- in de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend;
- in de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- in de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- in de vierde plaats moet, wanneer de met de uitvoering van openbardienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

² Voorstel (C)2338 van 7 april 2022 (voorstel van koninklijk besluit tot vaststelling van de berekeningsmethode en de modaliteiten van de controle van de kost van de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme).

De stellers van het ontwerp zullen er zich niettemin terdege van moeten vergewissen dat de ontworpen regeling niet kan leiden tot overcompensatie van de netbeheerder voor de opgelegde openbardienstverplichtingen. In het andere geval zal de ontworpen regeling alsnog moeten worden aangemeld als staatssteun.

ALGEMENE OPMERKINGEN

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

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

6. In de artikelen 12, 27, 28, 30, 42, 43 en 44 van het ontwerp wordt telkens een rechtsvoorschrift geformuleerd samen met de woorden “in principe”. Op de vraag wat precies de strekking is van dat voorbehoud, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“De term ‘in principe’ wordt gebruikt om de flexibiliteit bij de toepassing van de regel te behouden en om de CREG toe te laten om bij de kostenbeheersing rekening te houden met bijzondere omstandigheden die een uitzondering op de regel zouden kunnen rechtvaardigen.”

Het gebruik van dergelijke bewoordingen in rechtsregels kan leiden tot rechtsonzekerheid, in dit geval in hoofde van de netbeheerder, met betrekking tot de precieze draagwijdte van de aanspraken die hij heeft op vergoeding van door hem gemaakte kosten.

Uit het antwoord van de gemachtigde kan bovendien worden afgeleid dat het de bedoeling is om de CREG een beduidende beoordelingsbevoegdheid te geven bij de toepassing van de voormelde bepalingen. Een delegatie van individuele beslissingsbevoegdheid aan ambtenaren of openbare instellingen wordt volgens vaste adviespraktijk enkel aanvaard, mits de grenzen van deze bevoegdheidsopdracht duidelijk worden aangegeven, bij voorkeur door te bepalen in welke omstandigheden van de opgedragen bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, door de nodige criteria vast te leggen waardoor de ambtenaar of de instelling zich bij het uitoefenen van de gedelegeerde bevoegdheid zullen moeten laten leiden, en door de doeleinden te bepalen waarvoor die bevoegdheid mag worden gebruikt.

De door de gemachtigde verwoorde bedoeling om de CREG te machtigen om af te wijken van de in de ontworpen bepalingen vervatte regels blijkt evenwel niet uitdrukkelijk uit de tekst van het ontwerp. Evenmin blijkt dat die bevoegdheid enkel zou kunnen worden uitgeoefend in “bijzondere omstandigheden die een uitzondering op de regel zouden kunnen rechtvaardigen”. In de voormelde artikelen – of, eenvoudiger, in een nieuw artikel dat verwijst naar de voormelde artikelen – zal derhalve moeten worden gepreciseerd dat aan de CREG een individuele beslissingsbevoegdheid wordt gedelegeerd om van deze regels af te wijken en wat de criteria zijn die de CREG daarbij in acht moet nemen.

7. De structuur van het ontwerp is voor verbetering vatbaar. De bepalingen die gelden voor de strategische reserve, voor het capaciteitsvergoedingsmechanisme en de gezamenlijke regels die gelden voor beide mechanismen worden op een weinig systematische manier in het ontwerp opgenomen. Het verdient aanbeveling de structuur van het ontwerp in het licht daarvan te herbekijken.

Zo zou hoofdstuk 2 (“Berekeningswijze van de kosten”) bijvoorbeeld kunnen worden omgevormd tot twee afzonderlijke hoofdstukken, waarvan een betrekking heeft op de in aanmerking komende kosten en een op de berekeningswijze van de kosten. Die hoofdstukken zouden dan nog verder ingedeeld kunnen worden, zodat het voor de lezer duidelijk is welke artikelen welke categorie van kosten betreffen.

Ook zouden de artikelen 22 tot 29 van het ontwerp zo kunnen worden gegroepeerd dat het voor de lezer duidelijk is dat de huidige artikelen 22 tot 28 en het huidig artikel 29 een onderscheiden categorie van kosten betreffen.

8. Het ontwerp moet nog worden onderworpen aan een taalkundig nazicht en grondig worden nagezien op het vlak van overeenstemming tussen de taalversies en op een eenvormig gebruik van begrippen die in de wet van 29 april 1999 worden gehanteerd.

Zo wordt in de Franse tekst van de definitie van de term “coût gérable” in artikel 1, § 2, 12°, van het ontwerp gewag gemaakt van “tout coût autre qu’un coût du gestionnaire du réseau”, terwijl de Nederlandse tekst melding maakt van “elke kost die geen kost van een [lees: de] netbeheerder is”. In de Nederlandse tekst van artikel 27 van het ontwerp moeten de woorden “voorafgaande formele overeenkomst” worden vervangen door de woorden “voorafgaand formeel akkoord”, aangezien het gaat om een goedkeuring door de CREG. Voorts moet het woord “netwerkbeheerder” in de Nederlandse tekst van artikel 44, tweede lid, van het ontwerp worden vervangen door het woord “netbeheerder”. In de Nederlandse tekst van artikel 49 van het ontwerp moet het begrip “onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten” gehanteerd worden (en dus niet “buitenlandse onrechtstreekse capaciteiten”), gelet op de definitie in artikel 2, 85°, van de wet van 29 april 1999. In de Nederlandse tekst van artikel 53, tweede lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een verplichting tot het beantwoorden van alle eventuele bijkomende “aanvragen”, terwijl het woord “verzoeken” (namelijk verzoeken om aanvullende informatie) in deze context het juiste woord is.

9. Artikel 1, § 2, 9°, van het ontwerp definieert het begrip “exploitatiejaar” als een kalenderjaar. Op de vraag of het “boekjaar”, waar in het ontwerp meermaals naar wordt verwezen, ook van 1 januari tot 31 december loopt en of dit begrip samenvalt met het begrip “exploitatiejaar”, antwoordde de gemachtigde:

“Het boekjaar van de transmissienetbeheerder Elia loopt inderdaad samen met het kalenderjaar, net zoals dat ook voor een exploitatiejaar het geval is. De verwijzing naar de term ‘boekjaar’ wordt gebruikt in een boekhoudkundige context in het KB, terwijl het exploitatiejaar de benaming is die steeds gebruikt wordt in de context van de uitbating van capaciteiten.”

In het licht van die toelichting is het raadzaam om ofwel een eenvormig begrip te hanteren doorheen het hele ontwerp, ofwel om ook het begrip “boekjaar” te definiëren.

10. Gevraagd naar de draagwijdte van het begrip “kostenverminderingen”, vermeld in de artikelen 4, 6, 7, 10, 15, 17 en 18 van het ontwerp, antwoordde de gemachtigde dat dit de geldstromen zijn die de netbeheerder ontvangt en die in mindering moeten worden gebracht van de kosten om de netto te dekken kosten te verkrijgen. De begrippen “opbrengsten” (vermeld in de artikelen 10 en 16 van het ontwerp) en “ontvangsten” (vermeld in artikel 52 van het ontwerp) lijken een gelijkaardige draagwijdte te hebben.

De begrippen “kostenverminderingen”, “opbrengsten” en “ontvangsten” lijken inhoudelijk overeen te stemmen met het (niet nader gedefinieerde) begrip “netto inkomsten” in artikel 7octies, eerste lid, van de wet van 29 april 1999 (indien het gaat om inkomsten met betrekking tot de strategische reserve), met het begrip “inkomsten” vermeld in artikel 7undecies, § 15, eerste lid, van dezelfde wet (indien het gaat om inkomsten met betrekking tot het capaciteitsvergoedingsmechanisme) of met beide begrippen (indien het gaat om inkomsten uit zowel de strategische reserve als het capaciteitsvergoedingsmechanisme).

Het verdient aanbeveling om een eenvormig begrip te hanteren en een nieuwe definitie van dit begrip op te nemen in artikel 1 van het ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikelen 3 en 5

11. De artikelen 3 en 5 van het ontwerp zijn geen bepalingen met een normatief karakter, maar schetsen de draagwijdte van de begrippen “activiteiten van de netbeheerder in verband met de strategische reserve” en “activiteiten van de netbeheerder in verband met het capaciteitsvergoedingsmechanisme”, louter aan de hand van verwijzingen naar bestaande wetsbepalingen, waarmee eigenlijk niets wordt toegevoegd aan hetgeen al voortvloeit uit die wetsbepalingen. Dergelijke bepalingen zouden beter worden omgewerkt tot definities die kunnen worden opgenomen in artikel 1 van het ontwerp, temeer daar in het ontwerp herhaaldelijk wordt verwezen naar de kosten opgesomd of bedoeld in de artikelen 3 en 5 (met name in de artikelen 2, 8 en 9 van het ontwerp).

Artikel 7

12. In artikel 7, § 1, van het ontwerp moet worden verwezen naar artikel 6, § 1, 4°, van het ontwerp in plaats van naar artikel 6, 4°.

13. De gemachtigde verduidelijkte dat de verwijzing in artikel 7, § 2, van het ontwerp naar “de (...) kosten (...) bedoeld in paragraaf 1” doelt op artikel 6, § 1, van het ontwerp. De verwijzing moet dan ook in die zin worden aangepast.

Artikel 21

14. Volgens de huidige formulering van artikel 21 van het ontwerp moet elk element van de nettokosten voldoen aan elk van de vier redelijkheidscriteria die zijn opgesomd in die bepaling en die in de erop volgende artikelen verder worden uitgewerkt. Dat spoort echter niet met wat is bepaald in de artikelen 4, § 2, en 7, § 2, van het ontwerp, waaruit blijkt dat niet-beheersbare kosten die voortvloeien uit de correcte toepassing van de contracten voor de strategische reserve en de capaciteitskosten niet kunnen worden verworpen en dat enkel de “andere” kosten en kostenverminderingen die beheersbare kosten zijn, moeten voldoen aan de redelijkheidscriteria van hoofdstuk 3 van het ontwerp.

Op de vraag of in het licht hiervan het begrip “nettokosten” in artikel 21 van het ontwerp niet moet worden vervangen door het begrip “beheersbare kosten”, antwoordde de gemachtigde:

“Nee, aangezien zowel beheersbare als niet-beheersbare kosten onderhevig zijn aan voorwaarden om in aanmerking te komen. Artikel 4, §2, eerste lid bepaalt immers dat enkel de kosten die voortvloeien uit de ‘de correcte toepassing van de contracten’ in aanmerking komen.”

Met die zienswijze kan niet worden ingestemd. Artikel 1, § 2, 12°, van het ontwerp definieert het begrip “beheersbare kost” als “elke kost die geen kost van een [lees: de] netbeheerder is die rechtstreeks voortvloeit uit de correcte uitvoering van een contract voor strategische reserve of een capaciteitscontract”. Artikel 1, § 2, 13°, van het ontwerp definieert het begrip “niet-beheersbare kost” als “elke kost van de netbeheerder die rechtstreeks voortvloeit uit de correcte uitvoering van een contract voor strategische reserve of een capaciteitscontract”. Uit die definities – die overigens nodeloos worden geparafraseerd in de artikelen 4, § 2, en 7 van het ontwerp – blijkt dat het gegeven dat de betrokken kostprijs al dan niet rechtstreeks voortvloeit uit de correcte uitvoering van een contract, bepaalt of het gaat om een beheersbare of een niet-beheersbare kost. Volgens de huidige tekst van de artikelen 4, § 2, en 7, § 2, van het ontwerp bepaalt dit of een kost al dan niet aan de criteria van artikel 21 en volgende van het ontwerp moet worden getoetst.

Het is dan ook van tweeën één. Ofwel wordt artikel 21 van het ontwerp niet aangepast en wordt de regeling in de artikelen 4, § 2, en 7, § 2, van het ontwerp, die inhoudt dat niet-beheersbare kosten niet kunnen worden verworpen, geschrapt. Ofwel moet in artikel 21 van het ontwerp worden verwezen naar “beheersbare kosten”, om duidelijk te maken dat niet-beheersbare kosten niet aan de in artikel 21 en volgende van het ontwerp bepaalde voorwaarden moeten voldoen.

Artikel 27

15. Op de vraag wat in artikel 27 van het ontwerp concreet wordt bedoeld met “vrijwillige overeenkomsten die door de netbeheerder zijn gesloten binnen verenigingen die al dan niet onder de Belgische wetgeving vallen”, antwoordde de gemachtigde:

“Hieronder valt bijvoorbeeld de deelname van de netbeheerder aan een professionele vereniging zoals ENTSO-E (European Network of Electricity Transmission System Operators).”

De vermelding dat het gaat om verenigingen “die al dan niet onder de Belgische wetgeving vallen” lijkt overbodig en kan beter worden weggelaten.

Artikel 29

16. De vraag rijst hoe de mogelijkheid vervat in artikel 29, 1°, van het ontwerp, om kosten die voortvloeien uit te gunstige voorwaarden in het contract voor de strategische reserve, als onredelijk te beschouwen, zich verhoudt tot artikel 7sexies, § 3, tweede lid, van de wet van 29 april 1999. In die wetbepaling wordt immers voorzien in de mogelijkheid voor de CREG om offertes te laten verwerpen waarvan de prijs manifest onredelijk werd bevonden. Gevraagd of een als niet-manifest onredelijk bevonden offerte die leidt tot een contract later alsnog kan worden beschouwd als een contract met “te gunstige voorwaarden” in de zin van artikel 29, 1°, van het ontwerp, antwoordde de gemachtigde:

“Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds het bedrag van de prijsaanbiedingen die de CREG onredelijk acht en anderzijds de contractuele voorwaarden die betrekking hebben op andere elementen dan de prijs.”

Uit de tekst van het ontwerp blijkt alleszins niet dat het gaat om voorwaarden die betrekking hebben op andere elementen dan de prijs. De stellers van het ontwerp moeten dit alsnog verduidelijken in de tekst.

Vanuit een oogpunt van coherentie en om te verduidelijken dat de CREG zich bij de beoordeling van de contractuele voorwaarden niet in de plaats van de netbeheerder kan stellen is het voorts raadzaam om in artikel 29, 1°, van het ontwerp dezelfde terminologie te hanteren als in artikel 7sexies, § 3, tweede lid, van de wet van 29 april 1999, namelijk door te vereisen dat het gaat om “manifest” te gunstige (of onredelijke) voorwaarden.

17. De gemachtigde verduidelijkte dat met de verwijzing naar “de regels voor de vorming en werking van de strategische reserve” in artikel 29, 2°, van het ontwerp wordt verwezen naar de artikelen 7*quinquies* en 7*septies* van de wet van 29 april 1999. Het is raadzaam om met zoveel woorden naar die wetsbepalingen te verwijzen.

Artikel 30

18. Op de vraag wat de draagwijdte is van de in artikel 30 van het ontwerp vermelde begrippen “gecumuleerde inflatie” en “inflatie”, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“‘Gecumuleerde inflatie’ houdt in dat als de inflatie gedurende twee opeenvolgende jaren 2% per jaar bedraagt, de inflatie die in aanmerking wordt genomen niet 4% is, maar dat het initiële bedrag eerst met 2% wordt verhoogd en dat het resultaat van deze berekening vervolgens opnieuw wordt vermenigvuldigd met 2%.

De index wordt voorgesteld door de netbeheerder. Het kan gaan om een weging van de gezondheidsindex en de consumentenprijsindex. De methode van indexerings van de kosten van de netbeheerder voor de huidige tariefperiode wordt bijvoorbeeld als volgt berekend:

La correction est effectuée pour chaque année Y à partir des éléments suivants :

- la valeur d'évolution des prix prévue dans la Proposition tarifaire pour l'année concernée ;
- les valeurs d'évolution des prix constatées sur les années antérieures à l'année Y ;
- les valeurs moyennes calculées sur l'année Y de deux indices publiés sur le site du Bureau fédéral du Plan³³:
 - o P_S^Y : l'indice santé pour l'année Y
 - o P_M^Y : l'indice national des prix à la consommation pour l'année Y

Il est attribué une pondération de 75% à « l'indice santé » et une pondération de 25% à « l'indice national des prix à la consommation ».

Le budget de coûts gérables de l'année Y, corrigé de l'inflation, est calculé ainsi :

$$OPEX_{PT}^{Y, infl. réelle} = OPEX_{PT}^{Y, infl. prév.} \cdot \frac{0.75 \cdot \frac{P_S^Y}{P_S^{2014}} + 0.25 \cdot \frac{P_M^Y}{P_M^{2014}}}{0.75 \cdot \frac{I_S^{Y, prév.}}{I_S^{2014}} + 0.25 \cdot \frac{I_M^{Y, prév.}}{I_M^{2014}}}$$

avec $I_S^{Y, prév.}$: L'évolution des prix prise en compte dans la Proposition tarifaire pour l'année Y.

De draagwijdte van het begrip “gecumuleerde inflatie” en van het begrip “inflatie” zou beter worden omschreven, hetzij door een precisering in artikel 30 van het ontwerp, hetzij door deze begrippen te definiëren in artikel 1, § 2, van het ontwerp.

19. Aangezien het, zoals de gemachtigde bevestigde, niet gaat om cumulatieve voorwaarden, kan de vermelding “en/of” in artikel 30, tweede lid, 1°, a), en derde lid, van het ontwerp beter telkens worden vervangen door de vermelding “of”.

Die opmerking geldt ook voor de artikelen 36, tweede lid, en 46 van het ontwerp.

Artikel 38

20. Overeenkomstig artikel 38 van het ontwerp worden kostenelementen die verband houden met gerechtelijke procedures die de netbeheerder tegen de federale staat, de CREG of een andere autoriteit heeft aangespannen in het kader van zijn activiteiten met betrekking tot de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme, als onredelijk beschouwd indien dergelijke procedures in laatste instantie worden verworpen en door de CREG als kennelijk onrechtmatig of louter dilatoir worden beschouwd.

De gemachtigde bevestigde dat de beoordeling als “kennelijk onrechtmatig of louter dilatoir” door de CREG zelf gebeurt en niet hoeft te zijn vastgesteld in een eerdere rechterlijke uitspraak:

“De bedoeling van de voorgestelde bepaling is dat de CREG zelf kan oordelen over het kennelijk onrechtmatige of louter dilatoir karakter van de beroepen, maar op voorwaarde dat deze eerst definitief worden afgewezen door een rechter.”

De gemachtigde bezorgde nog de volgende verduidelijking van de CREG bij deze ontworpen bepaling:

“Une telle disposition provient, mutatis mutandis, de la méthodologie tarifaire. Elle y a été insérée à l’époque où la CREG a dû faire face à des recours systématiques des gestionnaires de réseau (à l’époque, des gestionnaires de réseau de distribution) contre des décisions tarifaires de la CREG. Selon la CREG, un juge saisi d’un recours – et même de recours systématiques – n’a pas la possibilité d’en dénoncer ou sanctionner le caractère dilatoire. L’introduction systématique de recours (par hypothèse rejetés ultérieurement) peut avoir un caractère abusif par exemple dans la mesure où cette pratique nécessite la mobilisation importante de personnel au sein de la CREG et de ses conseils pour les traiter. Bien entendu, dans l’hypothèse où un juge aurait reconnu le caractère abusif d’une procédure, la CREG disposerait d’une base suffisante pour rejeter les coûts du gestionnaire de réseau liés à cette procédure. Elia aura toujours la possibilité de contester la décision de la CREG à cet égard.”

Het is op zijn minst ongebruikelijk om aan de CREG de bevoegdheid te geven om na een rechterlijke uitspraak – mogelijk in een procedure waarbij de CREG zelf partij was – te beslissen dat er sprake was van een “kennelijk onrechtmatige” of “louter dilatoire” procedure, ook al werd in het geding dat tot die uitspraak heeft geleid geen dergelijk verweer gevoerd door de CREG, laat staan dat er in de uitspraak zelf enige vorm van (proces)rechtsmisbruik werd vastgesteld. Een dergelijke bevoegdheid kan enkel aan de CREG worden verleend indien het zeer vaag geformuleerde criterium voor het verwerpen van de betrokken kostenelementen wordt gepreciseerd tot objectief vaststelbare gegevens, zoals het herhaaldelijk instellen van beroepen die telkens worden verworpen.

Artikel 50

21. De tekst van artikel 50 van het ontwerp zou beter moeten worden afgestemd op de inhoud van artikel 7*undecies*, § 15, tweede lid, van de wet van 29 april 1999. Zo wordt in die wetsbepaling geen gewag gemaakt van een “kaderakkoord”, maar van een “akkoord”.

Artikelen 53 en 54

22. Na de verwijzingen naar de artikelen *7octies*, tweede lid, 1°, en *7undecies*, § 15, derde lid, 1°, (in artikel 53 van het ontwerp) en naar de artikelen *7octies*, tweede lid, 2°, en *7undecies*, § 15, derde lid, 2°, (in artikel 54 van het ontwerp) moet telkens nog de zinsnede “van de wet van 29 april 1999” worden ingevoegd.

Artikel 56

23. Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 56, eerste lid, van het ontwerp). Artikel 56, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat het ontwerp niet van toepassing is op de bepaling van de saldi met betrekking tot de kosten van de activiteiten van de netbeheerder die verband houden met de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme voor het jaar 2021.

Op de vraag of uit het tweede lid van artikel 56 van het ontwerp *a contrario* kan worden afgeleid dat de ontworpen regeling wel geldt voor de kosten vanaf 1 januari 2022, en aldus toch – in tegenstelling tot wat het eerste lid van artikel 56 doet uitschijnen – een retroactieve werking heeft, gaf de gemachtigde de volgende toelichting:

“Artikel 91, §1 van de programmawet [van 27 december 2021] schrijft voor dat de kostenraming voor het jaar 2022 gebeurt zoals bepaald in artikel *7octies* (voor [de strategische reserve]) en artikel *7undecies* (voor [het capaciteitsvergoedingsmechanisme]), en dit uiterlijk op 15 januari 2022. De door de CREG toen geraamde kosten werden dus gebaseerd op de tariefmethodologie, zoals dat (zonder KB, alsook de jaren voorgaand aan 2022) het geval was;

Op basis van de jaarlijks geraamde kosten wordt (zoals bepaald in het protocol tussen Elia, de Federale Staat en de CREG) maandelijks een bedrag gestort door de [Federale Staat] aan Elia;

(voor het [capaciteitsvergoedingsmechanisme]) Artikel 82, 2° van de Programmawet van [27 december] 2021, dat artikel *7undecies*, §15 van de elektriciteitswet vervangt, bepaalt in 2° dat er uiterlijk op 1 juni van elk jaar een regularisatiebedrag wordt vastgesteld op grond van de werkelijke kost die tijdens het voorgaande jaar is voortgevloeid uit de maatregelen. Gezien de regularisatie enkel betrekking heeft op het voorgaande jaar, en het regularisatiebedrag dat uiterlijk 1 juni 2023 zal worden vastgesteld dus voortvloeit uit de werkelijke kosten in 2022, zal ook deze eenmalig nog worden berekend op basis van de tariefmethodologie. De regularisatie betreft dus duidelijk een aparte oefening, en is in 2023 eenmalig nog gebaseerd op de tariefmethodologie;

Voor de raming van het bedrag voortvloeiend uit de toepassing van de maatregelen in 2023 zal Elia zich voor het voorleggen van haar gegevens aan de CREG (uiterlijk op 31 augustus 2022) baseren op het ontworpen KB, die op haar beurt uiterlijk op 1 november van 2022 een raming zal opmaken. Vanaf 2023 zullen de bedragen die maandelijks aan Elia worden gestort dus wel op het voorliggende ontwerp van KB gebaseerd zijn;

Voor de Strategische Reserve is een analoge methode voorzien die wordt hernomen in artikel 81, 3° van de programmawet van 2021, dat artikel 7*octies*, tweede lid, van de elektriciteitswet wijzigt;

Er is dus geen retroactieve werking van het ontwerp KB voorzien.”

In het licht van die uitleg moet artikel 56, tweede lid, van het ontwerp worden vervangen door een bepaling waarin duidelijk wordt gemaakt dat de ontworpen regeling geldt voor de geraamde en werkelijke kosten voor het jaar 2023 en de erop volgende jaren.

Aangezien uit artikel 7*undecies*, § 15, derde lid, 1°, van de wet van 29 april 1999 volgt dat de netbeheerder uiterlijk op 31 augustus 2022 een verslag met de relevante gegevens over het capaciteitsvergoedingsmechanisme moet bezorgen aan de CREG, moet er eveneens over worden gewaakt dat het te nemen besluit een voldoende ruime tijd voorafgaand aan die datum wordt bekendgemaakt, zodat de netbeheerder er rekening mee kan houden bij het opstellen van dat verslag.

*

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 concerne les coûts de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de la capacité à prendre en considération, le mode de calcul de ces coûts et le contrôle y afférent. Ces coûts sont liés aux obligations de service public du gestionnaire de réseau et sont financés conformément à l'article 21^{quinq}ies de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

Le chapitre 1^{er} du projet contient un certain nombre de définitions (article 1^{er}).

Le chapitre 2 règle les coûts admissibles et leur mode de calcul (articles 2 à 16).

Le chapitre 3 contient un certain nombre de principes et conditions en matière de contrôle des coûts (articles 17 à 50).

Le chapitre 4 du projet comporte des dispositions relatives aux rapports *ex ante* et *ex post* sur la base desquels la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) contrôle les coûts du gestionnaire de réseau (articles 51 à 55).

L'arrêté envisagé, qui ne s'applique pas à la détermination des soldes liés aux coûts des activités du gestionnaire de réseau liées à la réserve stratégique et au mécanisme de rémunération de capacité pour l'année 2021 (article 56, alinéa 2, du projet), entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 56, alinéa 1^{er}, du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Les articles 1^{er} à 50 du projet trouvent un fondement juridique dans les articles 7^{octies}, alinéa 2, et 7^{undecies}, § 15, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999 qui habilitent le Roi à déterminer le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût des mesures liées à la réserve stratégique, ainsi que le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût des mesures liées au mécanisme de rémunération de capacité.

Les articles 51 à 55 du projet, qui concernent les rapports sur les coûts et recettes de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité, peuvent s'appuyer sur le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution, combiné avec les dispositions légales précitées.

FORMALITÉS

4. La mesure en projet compense une obligation de service public. Pareille mesure ne doit pas être considérée comme une aide d'État à notifier à la Commission européenne, à condition que la réglementation remplisse les quatre conditions de l'arrêt *Altmark*¹, notamment la condition selon laquelle il ne peut y avoir de surcompensation des coûts encourus par le gestionnaire de réseau pour l'exécution des obligations de service public concernées.

Bien qu'une réserve doive être émise à cet égard compte tenu du caractère technique du projet (voir également l'observation 5), on peut constater que celui-ci reproduit presque entièrement la proposition de la CREG du 7 avril 2022². Cette proposition se fonde sur les principes suivants, qui correspondent en partie aux critères *Altmark* précités.

- principe 1 : attention constante accordée à la maîtrise des coûts et au caractère raisonnable des éléments à couvrir par le budget de l'État fédéral;
- principe 2 : transparence des budgets et des soldes;
- principe 3 : scission claire entre les coûts du gestionnaire de réseau de transport et les coûts des obligations de service public réserve stratégique et mécanisme de rémunération de capacité.

Les auteurs du projet devront néanmoins s'assurer pleinement que la réglementation en projet ne peut donner lieu à une surcompensation du gestionnaire de réseau pour les obligations de service public imposées. Dans le cas contraire, la réglementation en projet devra encore être notifiée comme aide d'État.

¹ C.J.C.E., 24 juillet 2003, affaire C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, points 89 à 93. Les quatre conditions sont les suivantes :

- premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement avoir été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies ;
- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;
- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

² Proposition (C)2338 du 7 avril 2022 (proposition d'arrêté royal fixant le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

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

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

6. Les articles 12, 27, 28, 30, 42, 43 et 44 du projet formulent chaque fois une règle de droit accompagnée des mots « en principe ». À la question de savoir quelle est la portée précise de cette réserve, le délégué a donné la réponse suivante :

« De term 'in principe' wordt gebruikt om de flexibiliteit bij de toepassing van de regel te behouden en om de CREG toe te laten om bij de kostenbeheersing rekening te houden met bijzondere omstandigheden die een uitzondering op de regel zouden kunnen rechtvaardigen ».

L'utilisation de telles formulations dans des règles de droit peut être source d'insécurité juridique, en l'occurrence dans le chef du gestionnaire de réseau, en ce qui concerne la portée précise des droits à l'indemnisation des coûts qu'il a encourus.

En outre, il peut se déduire de la réponse du délégué que l'intention est de donner à la CREG un pouvoir d'appréciation important lors de l'application des dispositions précitées. Selon la jurisprudence constante, une délégation d'un pouvoir de décision individuelle à des fonctionnaires ou institutions publiques n'est admise que pour autant que cette délégation de compétence soit clairement circonscrite, de préférence en précisant les circonstances dans lesquelles la compétence déléguée peut être exercée, en fixant les critères nécessaires qui guideront le fonctionnaire ou l'institution dans l'exercice du pouvoir délégué et en définissant la finalité pour laquelle ce pouvoir pourra être mis en œuvre.

Or, l'intention exprimée par le délégué d'habiliter la CREG à déroger aux règles prévues dans les dispositions en projet ne ressort pas expressément du texte du projet. Il n'apparaît pas non plus que ce pouvoir pourrait uniquement être exercé dans les « bijzondere omstandigheden die een uitzondering op de regel zouden kunnen rechtvaardigen ». Il faudra dès lors préciser dans les articles précités – ou, plus simplement, dans un nouvel article qui fait référence aux articles précités – qu'un pouvoir de décision individuelle est délégué à la CREG pour déroger à ces règles et déterminer les critères qu'elle doit respecter à cet égard.

7. La structure du projet est perfectible. Les dispositions qui s'appliquent à la réserve stratégique, au mécanisme de rémunération de capacité et les règles communes qui s'appliquent aux deux mécanismes sont intégrées d'une manière peu systématique dans le projet. Il est recommandé de réexaminer la structure du projet en conséquence.

Ainsi, par exemple, le chapitre 2 (« Mode de calcul des coûts ») pourrait être refondu en deux chapitres distincts, l'un concernant les coûts admissibles et l'autre le mode de calcul des coûts. Ces chapitres pourraient ensuite encore être subdivisés de manière à ce qu'il soit clair pour le lecteur quels articles se rapportent à quelle catégorie de coûts.

Les articles 22 à 29 du projet pourraient également être regroupés de manière à ce qu'il soit clair pour le lecteur que les articles 22 à 28, actuels, et l'article 29, actuel, concernent une catégorie distincte de coûts.

8. Le projet doit encore faire l'objet d'un contrôle du point de vue de la correction de la langue et être soumis à un examen approfondi sur le plan de la concordance entre les versions linguistiques et de l'utilisation uniforme des notions employées dans la loi du 29 avril 1999.

Ainsi, à l'article 1^{er}, § 2, 12°, du projet, le texte français de la définition des mots « coût gérable » fait état de « tout coût autre qu'un coût du gestionnaire du réseau », alors que le texte néerlandais mentionne « elke kost die geen kost van een [lees: de] netbeheerder is ». Dans le texte néerlandais de l'article 27 du projet, les mots « voorafgaande formele overeenkomst » doivent être remplacés par les mots « voorafgaand formeel akkoord », dès lors qu'il s'agit d'une approbation par la CREG. Par ailleurs, dans le texte néerlandais de l'article 44, alinéa 2, du projet, on remplacera le mot « netwerkbeheerder » par le mot « netbeheerder ». Le texte néerlandais de l'article 49 du projet doit utiliser la notion de « onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten » (et donc pas « buitenlandse onrechtstreekse capaciteiten »), eu égard à la définition figurant à l'article 2, 85°, de la loi du 29 avril 1999. Le texte néerlandais de l'article 53, alinéa 2, du projet fait mention d'une obligation de répondre à toutes les « aanvragen » additionnelles éventuelles, alors que le terme « verzoeken » (à savoir « verzoeken om aanvullende informatie ») est le terme correct dans ce contexte.

9. L'article 1^{er}, § 2, 9°, du projet définit la notion d'« exercice d'exploitation » comme une année calendrier. À la question de savoir si l'« exercice », auquel le projet fait référence à plusieurs reprises court également du 1^{er} janvier au 31 décembre et si cette notion coïncide avec celle d'« exercice d'exploitation », le délégué a répondu en ces termes :

« Het boekjaar van de transmissienetbeheerder Elia loopt inderdaad samen met het kalenderjaar, net zoals dat ook voor een exploitatiejaar het geval is. De verwijzing naar de term 'boekjaar' wordt gebruikt in een boekhoudkundige context in het KB, terwijl het exploitatiejaar de benaming is die steeds gebruikt wordt in de context van de uitbating van capaciteiten ».

Au regard de ces précisions, il est conseillé d'utiliser une notion uniforme dans l'ensemble du projet ou de définir également la notion d'« exercice ».

10. Interrogé sur la portée de la notion de « réductions de coûts », mentionnée aux articles 4, 6, 7, 10, 15, 17 et 18 du projet, le délégué a répondu qu'il s'agit des flux financiers perçus par le gestionnaire de réseau et qui doivent être déduits des coûts pour obtenir les coûts nets à couvrir. Les notions de « produits » (mentionnée aux articles 10 et 16 du projet) et de « recettes » (mentionnée à l'article 52 du projet) semblent avoir une portée analogue.

Les notions de « réductions des coûts », « produits » et « recettes » semblent conformes, sur le fond, à la notion (non précisément définie) de « revenus nets » inscrite à l'article 7*octies*, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 (s'il s'agit de revenus relatifs à la réserve stratégique), à la notion de « recettes » mentionnée à l'article 7*undecies*, § 15, alinéa 1^{er}, de la même loi (s'il s'agit de recettes relatives au mécanisme de rémunération de capacité) ou aux deux notions (s'il s'agit de recettes générées tant par la réserve stratégique que par le mécanisme de rémunération de capacité).

Il est recommandé d'utiliser une notion uniforme et d'insérer une nouvelle définition de cette notion dans l'article 1^{er} du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Articles 3 et 5

11. Les articles 3 et 5 du projet ne sont pas des dispositions à caractère normatif, mais ils définissent la portée des notions d'« activités du gestionnaire du réseau liées à la réserve stratégique » et d'« activités du gestionnaire du réseau liées au mécanisme de rémunération de capacité », en faisant uniquement référence à des dispositions légales existantes, ce qui n'ajoute rien, en réalité, à ce qui résulte déjà de ces dernières. Il serait préférable de refondre ces dispositions en définitions qui pourraient être intégrées dans l'article 1^{er} du projet, d'autant plus qu'à plusieurs reprises le projet fait référence aux coûts énumérés ou visés aux articles 3 et 5 (notamment dans les articles 2, 8 et 9 du projet).

Article 7

12. L'article 7, § 1^{er}, du projet visera l'article 6, § 1^{er}, 4°, du projet au lieu de l'article 6, 4°.

13. Le délégué a précisé que la référence que fait l'article 7, § 2, du projet aux « coûts (...) visés au paragraphe 1^{er} » vise l'article 6, § 1^{er}, du projet. La référence doit dès lors être adaptée en ce sens.

Article 21

14. Selon la formulation actuelle de l'article 21 du projet, chaque élément des coûts nets doit répondre à chacun des quatre critères de raisonnabilité énumérés dans cette disposition et développés plus avant dans les articles subséquents. Cette exigence n'est toutefois pas compatible avec ce que prévoient les articles 4, § 2, et 7, § 2, du projet, dont il ressort que les coûts non gérables résultant de la correcte application des contrats de réserve stratégique et les coûts de capacité ne peuvent pas être rejetés et que seuls les « autres » coûts et réductions de coûts qui sont des coûts gérables, doivent répondre aux critères de raisonnabilité visés au chapitre 3 du projet.

À la question de savoir si, à la lumière de ce qui précède, la notion de « coûts nets », à l'article 21 du projet, ne devrait pas être remplacée par la notion de « coûts gérables », le délégué a répondu en ces termes :

« Nee, aangezien zowel beheersbare als niet-beheersbare kosten onderhevig zijn aan voorwaarden om in aanmerking te komen. Artikel 4, §2, eerste lid bepaalt immers dat enkel de kosten die voortvloeien uit de 'de correcte toepassing van de contracten' in aanmerking komen ».

On ne peut pas se rallier à ce point de vue. L'article 1^{er}, § 2, 12°, du projet définit la notion de « coût gérable » comme « tout coût autre qu'un coût du gestionnaire du réseau découlant directement de la correcte exécution d'un contrat de réserve stratégique ou d'un contrat de capacité ». L'article 1^{er}, § 2, 13°, du projet définit la notion de « coût non gérable » comme « tout coût du gestionnaire du réseau découlant directement de la correcte exécution d'un contrat de réserve stratégique ou d'un contrat de capacité ». Il ressort de ces définitions – qui du reste sont inutilement paraphrasées aux articles 4, § 2, et 7 du projet – que le fait que le coût concerné résulte directement ou non de la correcte exécution d'un contrat détermine s'il s'agit d'un coût gérable ou d'un coût non gérable. Selon le texte actuel des articles 4, § 2, et 7, § 2, du projet, ceci détermine si un coût doit être vérifié ou non au regard des critères mentionnés aux articles 21 et suivants du projet.

Dès lors, de deux choses l'une. Soit l'article 21 du projet n'est pas adapté et la règle énoncée aux articles 4, § 2, et 7, § 2, du projet, qui implique que les coûts non gérables ne peuvent être rejetés, est supprimée. Soit l'article 21 du projet doit viser les « coûts gérables », afin de préciser que les coûts non gérables ne doivent pas répondre aux conditions fixées aux articles 21 et suivants du projet.

Article 27

15. À la question de savoir ce que l'on entend concrètement à l'article 27 du projet par « accords volontaires conclus par le gestionnaire du réseau au sein d'associations soumises ou non à la législation belge », le délégué a répondu ce qui suit :

« Hieronder valt bijvoorbeeld de deelname van de netbeheerder aan een professionele vereniging zoals ENTSO-E (European Network of Electricity Transmission System Operators) ».

La mention qu'il s'agit d'associations « soumises ou non à la législation belge » semble superflue et il serait préférable de la supprimer.

Article 29

16. La question se pose de savoir comment la possibilité, prévue à l'article 29, 1°, du projet, de considérer comme non raisonnables les coûts résultant de conditions trop favorables figurant au contrat de réserve stratégique, s'articule avec l'article 7sexies, § 3, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999. En effet, cette disposition législative prévoit la possibilité pour la CREG de faire rejeter les offres dont le prix est jugé manifestement déraisonnable. Interrogé sur le point de

savoir si une offre jugée comme n'étant pas manifestement déraisonnable, débouchant sur un contrat, peut encore ultérieurement être considérée comme un contrat contenant des « conditions trop favorables » au sens de l'article 29, 1°, du projet, le délégué a répondu :

« Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds het bedrag van de prijsaanbiedingen die de CREG onredelijk acht en anderzijds de contractuele voorwaarden die betrekking hebben op andere elementen dan de prijs ».

Il ne ressort en tout cas pas du texte du projet qu'il s'agit de conditions concernant d'autres éléments que le prix. Les auteurs du projet devront encore préciser ce point dans le texte.

Dans un souci de cohérence et afin de préciser que la CREG ne peut se substituer au gestionnaire de réseau pour apprécier les conditions contractuelles, il est en outre conseillé d'utiliser à l'article 29, 1°, du projet la même terminologie qu'à l'article 7sexies, § 3, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999, à savoir en exigeant qu'il s'agisse de conditions « manifestement » trop favorables (ou déraisonnables).

17. Le délégué a précisé que la référence aux « règles de constitution et de fonctionnement de la réserve stratégique », à l'article 29, 2°, du projet vise les articles 7quinquies et 7septies de la loi du 29 avril 1999. Il est conseillé de viser explicitement ces dispositions législatives.

Article 30

18. Interrogé sur la portée des notions d'« inflation cumulée » et d'« inflation », mentionnées à l'article 30 du projet, le délégué a répondu en ces termes :

« 'Gecumuleerde inflatie' houdt in dat als de inflatie gedurende twee opeenvolgende jaren 2% per jaar bedraagt, de inflatie die in aanmerking wordt genomen niet 4% is, maar dat het initiële bedrag eerst met 2% wordt verhoogd en dat het resultaat van deze berekening vervolgens opnieuw wordt vermenigvuldigd met 2%.

De index wordt voorgesteld door de netbeheerder. Het kan gaan om een weging van de gezondheidsindex en de consumentenprijsindex. De methode van indexering van de kosten van de netbeheerder voor de huidige tariefperiode wordt bijvoorbeeld als volgt berekend:

La correction est effectuée pour chaque année Y à partir des éléments suivants :

- la valeur d'évolution des prix prévue dans la Proposition tarifaire pour l'année concernée ;
- les valeurs d'évolution des prix constatées sur les années antérieures à l'année Y ;
- les valeurs moyennes calculées sur l'année Y de deux indices publiés sur le site du Bureau fédéral du Plan³²:
 - o P_S^Y : l'indice santé pour l'année Y
 - o P_M^Y : l'indice national des prix à la consommation pour l'année Y

Il est attribué une pondération de 75% à « l'indice santé » et une pondération de 25% à « l'indice national des prix à la consommation ».

Le budget de coûts gérables de l'année Y, corrigé de l'inflation, est calculé ainsi :

$$OPEX_{PT\ infl.réelle}^Y = OPEX_{PT\ infl.prév.}^Y \cdot \frac{0.75 \cdot \frac{P_S^Y}{P_{2014}^Y} + 0.25 \cdot \frac{P_M^Y}{P_{2014}^Y}}{0.75 \cdot \frac{I_S^{prév.}}{P_{2014}^{prév.}} + 0.25 \cdot \frac{I_M^{prév.}}{P_{2014}^{prév.}}}$$

avec $I_S^{prév.}$: L'évolution des prix prise en compte dans la Proposition tarifaire pour l'année Y.

».

La portée de la notion d'« inflation cumulée » et de la notion d'« inflation » serait mieux circonscrite, soit en la précisant à l'article 30 du projet, soit en définissant ces notions à l'article 1^{er}, § 2, du projet.

19. Dès lors qu'il ne s'agit pas de conditions cumulatives, comme l'a confirmé le délégué, mieux vaudrait chaque fois remplacer la mention « et/ou », à l'article 30, alinéa 2, 1^o, a), et alinéa 3, du projet, par la mention « ou ».

Cette observation vaut également pour les articles 36, alinéa 2, et 46 du projet.

Article 38

20. Conformément à l'article 38 du projet, les éléments de coûts liés à des procédures juridictionnelles introduites par le gestionnaire de réseau contre l'État fédéral, la CREG ou toute autre autorité dans le cadre de ses activités liées à la réserve stratégique et au mécanisme de rémunération de capacité sont considérés comme non raisonnables, lorsque ces procédures sont rejetées en dernière instance et qu'elles sont jugées manifestement abusives ou purement dilatoires par la CREG.

Le délégué a confirmé que la CREG apprécie elle-même le caractère « manifestement abusif ou purement dilatoire » et qu'il ne doit pas être constaté dans une décision judiciaire antérieure :

« De bedoeling van de voorgestelde bepaling is dat de CREG zelf kan oordelen over het kennelijk onrechtmatige of louter dilatoir karakter van de beroepen, maar op voorwaarde dat deze eerst definitief worden afgewezen door een rechter ».

Le délégué a encore communiqué les précisions suivantes de la CREG concernant cette disposition en projet :

« Une telle disposition provient, mutatis mutandis, de la méthodologie tarifaire. Elle y a été insérée à l'époque où la CREG a dû faire face à des recours systématiques des gestionnaires de réseau (à l'époque, des gestionnaires de réseau de distribution) contre des décisions tarifaires de la CREG. Selon la CREG, un juge saisi d'un recours – et même de recours systématiques – n'a pas la possibilité d'en dénoncer ou sanctionner le caractère dilatoire. L'introduction systématique de recours (par hypothèse rejetés ultérieurement) peut avoir un caractère abusif par exemple dans la mesure où cette pratique nécessite la mobilisation importante de personnel au sein de la CREG et de ses conseils pour les traiter. Bien entendu, dans l'hypothèse où un juge aurait reconnu le caractère abusif d'une procédure, la CREG disposerait d'une base suffisante pour rejeter les coûts du gestionnaire de réseau liés à cette procédure. Elia aura toujours la possibilité de contester la décision de la CREG à cet égard ».

Il est pour le moins inhabituel d'attribuer à la CREG le pouvoir de décider après une décision judiciaire – éventuellement dans une procédure à laquelle la CREG était elle-même partie – qu'il était question d'une procédure « manifestement abusive » ou « purement dilatoire », bien que la CREG n'ait pas opposé un tel argument de défense dans le litige qui a donné lieu à cette décision, et encore moins que la décision proprement dite ait constaté une quelconque forme d'abus de procédure. Un tel pouvoir peut uniquement être conféré à la CREG si le critère,

formulé en des termes très vagues, pour le rejet des éléments de coûts concernés, est précisé en données objectivement vérifiables telles que l'introduction répétée de recours qui sont chaque fois rejetés.

Article 50

21. Le texte de l'article 50 du projet devrait être mieux aligné sur le contenu de l'article 7undecies, § 15, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999. C'est ainsi que cette disposition légale ne fait pas mention d'un « accord-cadre », mais bien d'un « accord ».

Articles 53 et 54

22. Après les références aux articles 7octies, alinéa 2, 1°, et 7undecies, § 15, alinéa 3, 1°, (à l'article 53 du projet) et aux articles 7octies, alinéa 2, 2°, et 7undecies, § 15, alinéa 3, 2°, (à l'article 54 du projet), on insérera chaque fois encore le segment de phrase « de la loi du 29 avril 1999 ».

Article 56

23. L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 56, alinéa 1^{er}, du projet). L'article 56, alinéa 2, du projet dispose que le projet n'est pas applicable à la détermination des soldes liés aux coûts des activités du gestionnaire de réseau liées à la réserve stratégique et au mécanisme de rémunération de capacité pour l'année 2021.

Interrogé sur le point de savoir s'il peut se déduire *a contrario* de l'alinéa 2 de l'article 56 du projet que le dispositif en projet est bien applicable aux coûts à partir du 1^{er} janvier 2022, et a donc bel et bien un effet rétroactif – contrairement à ce qui ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 56 –, le délégué a donné les explications suivantes :

« Artikel 91, §1 van de programmawet [van 27 december 2021] schrijft voor dat de kostenraming voor het jaar 2022 gebeurt zoals bepaald in artikel 7octies (voor [de strategische reserve]) en artikel 7undecies (voor [het capaciteitsvergoedingsmechanisme]), en dit uiterlijk op 15 januari 2022. De door de CREG toen geraamde kosten werden dus gebaseerd op de tariefmethodologie, zoals dat (zonder KB, alsook de jaren voorgaand aan 2022) het geval was;

Op basis van de jaarlijks geraamde kosten wordt (zoals bepaald in het protocol tussen Elia, de Federale Staat en de CREG) maandelijks een bedrag gestort door de [Federale Staat] aan Elia;

(voor het [capaciteitsvergoedingsmechanisme]) Artikel 82, 2° van de Programmawet van [27 december] 2021, dat artikel 7undecies, §15 van de elektriciteitswet vervangt, bepaalt in 2° dat er uiterlijk op 1 juni van elk jaar een regularisatiebedrag wordt vastgesteld op grond van de werkelijke kost die tijdens het voorgaande jaar is voortgevloeid uit de maatregelen. Gezien de regularisatie enkel betrekking heeft op het voorgaande jaar, en het regularisatiebedrag dat uiterlijk 1 juni 2023 zal worden vastgesteld dus voortvloeit uit de werkelijke kosten in 2022, zal ook deze eenmalig nog worden berekend op basis van de tariefmethodologie. De regularisatie

betreft dus duidelijk een aparte oefening, en is in 2023 eenmalig nog gebaseerd op de tariefmethodologie;

Voor de raming van het bedrag voortvloeiend uit de toepassing van de maatregelen in 2023 zal Elia zich voor het voorleggen van haar gegevens aan de CREG (uiterlijk op 31 augustus 2022) baseren op het ontworpen KB, die op haar beurt uiterlijk op 1 november van 2022 een raming zal opmaken. Vanaf 2023 zullen de bedragen die maandelijks aan Elia worden gestort dus wel op het voorliggende ontwerp van KB gebaseerd zijn;

Voor de Strategische Reserve is een analoge methode voorzien die wordt hernomen in artikel 81, 3° van de programmawet van 2021, dat artikel 7octies, tweede lid, van de elektriciteitswet wijzigt;

Er is dus geen retroactieve werking van het ontwerp KB voorzien ».

À la lumière de ces explications, on remplacera l'article 56, alinéa 2, du projet par une disposition précisant clairement que le dispositif en projet est applicable aux coûts estimés et réels pour l'année 2023 et les années subséquentes.

Dès lors qu'il ressort de l'article 7undecies, § 15, alinéa 3, 1°, de la loi du 29 avril 1999 que le gestionnaire de réseau doit fournir à la CREG, le 31 août 2022 au plus tard, un rapport contenant les données pertinentes concernant le mécanisme de rémunération de capacité, il faudra également veiller à ce que l'arrêté envisagé soit publié dans un délai suffisant avant cette date pour que le gestionnaire de réseau puisse en tenir compte lors de la rédaction de ce rapport.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH