



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.013/3
van 13 april 2021

avis 69.013/3
du 13 avril 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot
vaststelling van de
ontvankelijkheidscriteria bedoeld in
artikel 7undecies, § 8, eerste lid, 3°, van
de wet van 29 april 1999 betreffende de
organisatie van de elektriciteitsmarkt,
wat betreft de voorwaarden en
modaliteiten waaronder houders van
onrechtstreekse buitenlandse capaciteit
kunnen deelnemen aan de
prekwalificatieprocedure in het kader
van het
capaciteitsvergoedingsmechanisme'

un projet d'arrêté royal 'relatif à
l'établissement des critères de
recevabilité visés à l'article 7undecies,
§ 8, alinéa 1^{er}, 3°, de la loi du
29 avril 1999 relative à l'organisation
du marché de l'électricité, en ce qui
concerne des conditions et modalités
auxquelles les détenteurs de capacité
étrangère indirecte peuvent participer à
la procédure de préqualification dans le
cadre du mécanisme de rémunération de
capacité'

Op 12 maart 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, wat betreft de voorwaarden en modaliteiten waaronder houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 april 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Koen MUYLLE, staatsraden, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Koen MUYLLE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 april 2021.

*

Le 12 mars 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 1^{er}, 3°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne des conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 6 avril 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Chantal BAMPS et Koen MUYLLE, conseillers d'État, et Annemie GOOSSENS, greffier.

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

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 avril 2021.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt er in hoofdzaak toe de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit te regelen aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme waarin wordt voorzien door artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet), zoals ingevoegd door 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’.

Hiertoe wordt in een aantal definities voorzien (artikel 1 van het ontwerp) en worden de voorwaarden bepaald waaronder de houder van in aanmerking komende onrechtstreekse buitenlandse capaciteit een prekwalificatiedossier kan indienen (artikel 2, § 1). De netbeheerder stelt jaarlijks de maximale toegangscapaciteit vast die beschikbaar is voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit (artikel 2, § 3). Er wordt een pre-veiling georganiseerd voor iedere aangrenzende Europese lidstaat (artikel 2, § 2) en de deelname van een houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan die pre-veiling wordt geregeld (artikel 2, § 4). De houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens bod wordt geselecteerd na afloop van die pre-veiling, zal een prekwalificatiedossier indienen (artikel 2, § 5). Voor het overige wordt de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de pre-veiling, aan de prekwalificatieprocedure en aan de veiling vastgesteld in de werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme (artikel 2, § 6).

Ten slotte worden de netbeheerder en de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) gemachtigd om akkoorden te sluiten met, respectievelijk, iedere aangrenzende transmissienetbeheerder voor de organisatie van de onrechtstreekse buitenlandse deelname (artikel 3) en iedere aangrenzende nationale regulerende instantie om in adequate administratieve regelingen te voorzien voor het afdwingen van niet-beschikbaarheidsbetalingen over grenzen heen (artikel 4).

Het te nemen koninklijk besluit treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 5).

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. 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.

RECHTSGROND

4.1. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet, waarin de Koning wordt gemachtigd de voorwaarden en modaliteiten te bepalen waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure, rekening houdend met de verwachte effectieve bijdrage van deze capaciteit tot de bevoorradingszekerheid van België en met het sluiten van akkoorden onder de betrokken netbeheerders. Voorts kan een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet) gelezen in samenhang met die bepaling, evenals met artikel 7*undecies*, § 12, en § 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet.

4.2.1. In artikel 2, §§ 2 en 4, van het ontwerp wordt voorzien in een pre-veiling waaraan houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit moeten deelnemen om vervolgens een prekwalificatiedossier te kunnen indienen.

Naar luid van artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp wordt de pre-veiling georganiseerd door de netbeheerder in toepassing van de instructie van de minister bevoegd voor energie (hierna: de minister) bedoeld in artikel 7*undecies*, § 6, van de Elektriciteitswet. In die bepaling wordt echter geen gewag gemaakt van een pre-veiling die de eigenlijke veiling voorafgaat, maar wordt enkel in een regeling voorzien van de veilingen voor de onderzochte perioden van capaciteitslevering. De verwijzing naar artikel 7*undecies*, § 6, van de Elektriciteitswet in artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp moet dus worden weggelaten. Die bepaling kan ook geen rechtsgrond bieden voor de ontworpen regeling van de pre-veiling.

4.2.2. In de Franse tekst van artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet wordt echter bepaald dat de CREG onder meer controle uitoefent over “des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères”. Die zinsnede wordt – schijnbaar als gevolg van een vergissing – niet vermeld in de Nederlandse tekst van artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet. Er blijkt evenwel duidelijk uit dat de wetgever een systeem van pre-veiling voor de houders van buitenlandse capaciteit voor ogen had.

In het licht van de Franse tekst van artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet, en de machtiging aan de Koning in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet om de voorwaarden en modaliteiten te bepalen waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure, kan voor de regeling van de pre-veiling een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, gelezen in samenhang met de voormelde bepalingen van de Elektriciteitswet.

De discrepantie tussen de Franse en de Nederlandse tekst van artikel 7*undecies*, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet moet wel zo spoedig mogelijk worden rechtgezet door middel van een wijziging van de Elektriciteitswet.¹

4.3. Naar luid van artikel 4, eerste lid, van het ontwerp sluit de CREG met iedere aangrenzende nationale regulerende instantie akkoorden over een adequate administratieve regeling voor het afdwingen van niet-beschikbaarheidsbetalingen over de grenzen heen.

In artikel 26, lid 6, van verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende de interne markt voor elektriciteit’ wordt bepaald dat bij grensoverschrijdende deelname aan capaciteitsmechanismen, capaciteitsaanbieders niet-beschikbaarheidsbetalingen moeten doen indien hun capaciteit niet beschikbaar is. Volgens het lid 13 van dezelfde bepaling stellen de regulerende instanties adequate administratieve regelingen vast voor het afdwingen van niet-beschikbaarheidsbetalingen over grenzen heen.

Bijgevolg kan voor artikel 4 van het ontwerp een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, § 8, vijfde lid, van de Elektriciteitswet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Artikel 1 van het ontwerp voorziet in een aantal definities. In de daarop volgende artikelen van het ontwerp worden de in die bepaling gedefinieerde begrippen echter niet op een consistente wijze gehanteerd.

Zo bevat, bijvoorbeeld, artikel 1, § 2, 7°, van het ontwerp een definitie van het begrip “houder van in aanmerking komende onrechtstreekse buitenlandse capaciteit”. Dat begrip wordt vervolgens weliswaar gebruikt in artikel 2, § 1, eerste lid, en § 4, eerste lid, van het ontwerp, maar elders in de tekst wordt het ruimere begrip “houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” gehanteerd.²

Bijgevolg moet worden nagegaan of de in artikel 1 van het ontwerp gedefinieerde begrippen consequent worden gebruikt en moet de in het ontwerp gehanteerde terminologie in het licht hiervan worden aangepast.

¹ Van die wetswijziging kan desgevallend gebruik worden gemaakt om ook de finaliteit van de pre-veiling en, gelet op opmerking 10.8.2, de verhouding met de prekwalificatieprocedure te verduidelijken.

² Artikel 2, § 2, derde lid, § 4, tweede en derde lid, en § 5, en artikel 3, eerste lid, 3° (“houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit”).

6. In het ontwerp wordt op een verkeerde wijze verwezen naar een lid van een artikel van verordening (EU) 2019/943.³ In plaats van haakjes () te gebruiken om het desbetreffende lid aan te duiden, schrijve men “lid” gevolgd door het nummer van het lid in kwestie.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

7. Aangezien het ontwerp er niet toe beperkt is de ontvankelijkheidscriteria vast te stellen bedoeld in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet, of de in die bepaling vermelde voorwaarden en modaliteiten te bepalen waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure, verdient het aanbeveling om het opschrift aan te passen zodat het beter de inhoud van het te nemen besluit weergeeft.

Aanhef

8. De aanhef moet worden aangepast aan hetgeen hiervoor over de rechtsgrond voor het ontwerp is opgemerkt. Zo moet in het derde lid van de aanhef bijkomend worden verwezen naar artikel 7*undecies*, § 12, en § 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet.

Artikel 1

9. De definitie van het begrip “Verordening (EU) 2019/943” in artikel 1, § 2, 5°, van het ontwerp moet worden weggelaten, vermits artikel 2, 88°, van de Elektriciteitswet reeds in een definitie van hetzelfde begrip voorziet en die definitie overeenkomstig artikel 1, § 1, van het ontwerp van overeenkomstige toepassing is op het te nemen besluit.

Artikel 2

10.1. De in artikel 2, § 1, 1°, van het ontwerp vermelde voorwaarde dat de betrokken onrechtstreekse buitenlandse capaciteit moet gelegen zijn op het grondgebied van een aangrenzende Europese lidstaat, is overbodig gelet op de definitie van “onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” in artikel 2, 85°, van de Elektriciteitswet,⁴ namelijk “de capaciteit die zich buiten de Belgische regelzone *maar in een aangrenzende lidstaat van de Europese Unie waarvan het elektriciteitsnet middels een interconnectie aangesloten is op het Belgische elektriciteitsnet* bevindt die een bijdrage tot de bevoorrading van de Belgische markt levert via de interconnecties”. Die voorwaarde moet dan ook worden weggelaten.

³ Zie de artikelen 2, §§ 3 en 5 (enkel in de Nederlandse tekst), en 3, eerste lid, van het ontwerp.

⁴ In artikel 1, § 1, van het ontwerp wordt bepaald dat de definities vervat in artikel 2 van de Elektriciteitswet van toepassing zijn op het te nemen besluit.

10.2. In artikel 2, § 1, 1°, van het ontwerp schrijve men “of op een CDS, bedoeld in artikel 2, § 1, 3°, van het koninklijk besluit van 22 april 2019 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe” (in plaats van “of een CDS, bedoeld in artikel 2, 3°, van het koninklijk besluit van 22 april 2019 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, aangesloten op dit netwerk”). De gemachtigde stemde hiermee in.

10.3. Artikel 2, § 1, 3°, van het ontwerp voorziet in de volgende voorwaarde voor het indienen van een prekwalificatiedossier door de houder van in aanmerking komende onrechtstreekse buitenlandse capaciteit:

“in het geval dat een capaciteitsvergoedingsmechanisme ontwikkeld wordt in de aangrenzende Europese lidstaat waar de onrechtstreekse buitenlandse capaciteit gesitueerd is, heeft deze staat voorafgaand aanvaard dat de kosten van de netbeheerder die verband houden met de deelname van Belgische capaciteit aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme van de betrokken staat, rechtstreeks of onrechtstreeks via het capaciteitsvergoedingsmechanisme van deze Staat worden gedragen”.

In artikel 7*undecies*, § 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet wordt bepaald dat in het geval dat een capaciteitsvergoedingsmechanisme wordt geïmplementeerd in de aangrenzende lidstaat van de Europese Unie waar de onrechtstreekse buitenlandse capaciteit gesitueerd is, tussen de netbeheerders van de twee betreffende lidstaten van de Europese Unie een akkoord wordt gesloten met daarin de voorafgaandelijke aanvaarding dat de kosten van de netbeheerder die verband houden met de deelname van de Belgische capaciteit aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme van de betrokken Staat, rechtstreeks of onrechtstreeks via het capaciteitsvergoedingsmechanisme van deze Staat worden gedragen.

Gelet hierop schrijve men in artikel 2, § 1, 3°, van het ontwerp “is in het akkoord met de netbeheerder van die lidstaat gesloten overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 15, tweede lid, van de wet van 29 april 1999 de voorafgaandelijke aanvaarding opgenomen dat de kosten van de netbeheerder die verband houden met de deelname van de Belgische capaciteit aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme van de betrokken lidstaat, rechtstreeks of onrechtstreeks via het capaciteitsvergoedingsmechanisme van deze lidstaat worden gedragen” (in plaats van “heeft deze staat voorafgaand aanvaard dat de kosten van de netbeheerder die verband houden met de deelname van Belgische capaciteit aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme van de betrokken staat, rechtstreeks of onrechtstreeks via het capaciteitsvergoedingsmechanisme van deze Staat worden gedragen”).

10.4. In artikel 2, § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat een pre-veiling wordt georganiseerd die ten laatste op 1 juni begint. Aangenomen dat het te nemen besluit voor 1 juni 2021 in werking treedt en dat het niet de bedoeling is om dit jaar een pre-veiling te organiseren, hetgeen de gemachtigde bevestigde, moet in de tekst van het ontwerp in een uitzondering worden voorzien voor 2021.

10.5. Uit artikel 2, § 2, eerste lid, van het ontwerp vloeit voort dat de pre-veiling kan worden georganiseerd op 1 juni, terwijl in artikel 7*undecies*, § 8, laatste lid, van de Elektriciteitswet wordt bepaald dat de capaciteitshouders, en dus ook de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit die worden geselecteerd na afloop van de pre-veiling, op

15 juni het prekwalificatiedossier moeten indienen. Derhalve is de tijd tussen de pre-veiling en het indienen van het prekwalificatiedossier zeer beperkt.

De gemachtigde stelde dienaangaande het volgende:

“De voorziene datum wordt realistisch geacht aangezien teneinde deel te nemen aan de pre-veiling deze deelnemers al een proces hebben doorlopen waarin een deel van het prekwalificatiedossier is opgenomen. Bovendien, om op zinvolle wijze te kunnen deelnemen aan de pre-veiling is het redelijk te veronderstellen dat deze deelnemers al een zeer goed zicht hebben op alle elementen van een in te dienen prekwalificatiedossier. Tot slot, aangezien het indienen van een prekwalificatiedossier volledig op elektronische wijze wordt georganiseerd, kan dit erg efficiënt verlopen.”

Er kan inderdaad worden aangenomen dat de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit de informatie die hij voor de pre-veiling moet verstrekken ook voor het prekwalificatiedossier kan gebruiken en dat niets hem verhindert om, terwijl de pre-veiling aan de gang is, het prekwalificatiedossier verder voor te bereiden. Dit neemt niet weg dat uit de ontworpen regeling voortvloeit dat ook de netbeheerder, die de pre-veiling organiseert, slechts over een beperkte tijd zal beschikken om de hem aangeleverde informatie te verwerken, zodat de vraag rijst of die regeling in de praktijk wel werkzaam zal zijn.

10.6. In artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp wordt de minister gemachtigd om te beslissen “dat een pre-veiling met een door hem aangeduide aangrenzende Europese lidstaat niet georganiseerd moet worden, rekening houdend met het verslag van de netbeheerder bedoeld in artikel 3, derde lid en, desgevallend, het verslag van de commissie bedoeld in artikel 4, tweede lid”.

Een delegatie aan een minister kan enkel betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden. In antwoord op de vraag hoe de ontworpen regeling hiermee verenigbaar is, stelde de gemachtigde:

“Als hierboven aangegeven, staan de praktische regelingen om buitenlandse capaciteitshouders te laten deelnemen aan het capaciteitsmechanisme nog niet op punt, ook rekening houdend met de recent goedgekeurde Europese methodologie terzake. Het gegeven dat in de eerste T-4 veiling (en eventueel nog een aantal toekomstige T-4 veilingen) buitenlandse capaciteiten nog niet zullen kunnen deelnemen, is gekende informatie bij het aannemen van de wet. In die zin wordt voorzien:

‘3° de voorwaarden en modaliteiten waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure. Deze voorwaarden en nadere regels worden vastgesteld uiterlijk voor het eerste leveringsjaar, na advies van de commissie en van de netbeheerder; zij houden rekening met de verwachte effectieve bijdrage van deze capaciteit tot de bevoorradingszekerheid van België en met het afsluiten van akkoorden onder de betrokken netbeheerders.’ (eigen aanduiding)

En in de memorie van toelichting:

‘Voor wat betreft de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wordt vermeld dat de voorwaarden en modaliteiten tot deelname uiterlijk voor het eerste leveringsjaar worden vastgesteld, zodoende dat zij vanaf het eerste leveringsjaar kunnen deelnemen aan het Belgische CRM.’ (eigen aanduiding)

De bevoegdheid van de minister lijkt dus inderdaad niet te ruim.”

Gelet op het verregaande gevolg van de beslissing van de minister dat een pre-veiling met een bepaalde lidstaat niet moet worden georganiseerd, namelijk dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit die in die lidstaat zijn gevestigd geen prekwalificatiedossier kunnen indienen, lijkt het niet om een bijkomstige of detailmatige aangelegenheid te gaan. Bijgevolg moet de delegatie aan de minister worden ingeperkt, bijvoorbeeld door nader te bepalen in welke omstandigheden de minister kan beslissen om de pre-veiling niet te organiseren (zoals indien geen akkoorden met de netbeheerder van de desbetreffende lidstaat zouden zijn gesloten).

10.7. De verwijzing in artikel 2, § 2, derde lid, van het ontwerp naar “de overeenkomstige veiling” kan verduidelijkt worden door de schrijven “de in artikel 7undecies, § 6, van de wet van 29 april 1999 bedoelde veiling”.

10.8.1. Naar luid van artikel 2, § 4, tweede lid, 1°, van het ontwerp moet de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit die een bod wenst uit te brengen in de pre-veiling, een verklaring verstrekken waaruit blijkt dat hij zich onvoorwaardelijk verbindt tot het indienen van een prekwalificatiedossier voor een equivalent volume in het geval dat zijn bod wordt geselecteerd na afloop van de pre-veiling. In artikel 2, § 5, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens bod na de pre-veiling wordt geselecteerd een prekwalificatiedossier *zal* indienen, wat impliceert dat het om een verplichting gaat.

Die bepalingen sporen echter niet met artikel 2, § 1, eerste lid, van het ontwerp waarin wordt bepaald dat het onrechtstreekse buitenlandse capaciteitshouders die voldoen aan de in die bepaling vermelde voorwaarden, waaronder de selectie na de pre-veiling, is *toegestaan* een prekwalificatiedossier in te dienen.

Hieromtrent om toelichting gevraagd, verduidelijkte de gemachtigde dat het wel degelijk de bedoeling is om te voorzien in een verplichting om een prekwalificatiedossier in te dienen voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens bod na de pre-veiling is geselecteerd. Hij verklaarde:

“Voor de buitenlandse capaciteitshouders die geselecteerd zijn in de pre-veiling geldt er inderdaad een verplichting om nadien een prekwalificatiedossier in te dienen. Dit is vervat onder het artikel 7undecies, §8, 3° waar de Koning de mogelijkheid krijgt om de voorwaarden en modaliteiten waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure.

In elk geval, het ‘toegestane’ karakter duidt op de deelname aan het geheel van het proces. Het is een vrijwillige keuze om wel of niet in te stappen in het proces van de pre-veiling én de eventueel hieruit volgende stappen. Door (vrijwillig) deel te nemen aan de pre-veiling engageert de deelnemer zich ook voor de eventuele vervolgstappen die eruit voortvloeien. Er is daarom geen onverenigbaarheid met wat bepaald is onder artikel 7undecies, §8, derde lid van de wet.”

10.8.2. In artikel 7undecies, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet wordt de Koning gemachtigd om de voorwaarden en modaliteiten te bepalen waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit *kunnen* deelnemen aan de prekwalificatieprocedure. In het

derde lid van die paragraaf wordt bepaald dat het de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit die voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria, waaronder de selectie in de pre-veiling, is *toegestaan* een prekwalificatiedossier in te dienen. Dat het gaat om een mogelijkheid tot deelname aan die procedure, blijkt ook uit de memorie van toelichting, waar gewag wordt gemaakt van het “recht op deelname voor de rechtstreekse en onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten”.⁵

Er kan weliswaar worden aangenomen dat er rechtsgrond bestaat voor de regeling van de pre-veiling (zie opmerking 4.2.2), maar die regeling kan er niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de keuze van de wetgever om te voorzien in een mogelijkheid (en dus geen verplichting) voor de houders van (onrechtstreekse) buitenlandse capaciteit om een prekwalificatiedossier in te dienen.

Bijgevolg moet artikel 2, § 4, tweede lid, 1°, van het ontwerp worden weggelaten en moet in artikel 2, § 5, eerste lid, van het ontwerp het woord “zal” worden vervangen door het woord “kan”.

Indien de stellers van het ontwerp toch willen voorzien in een verplichting om een prekwalificatiedossier in te dienen voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens bod na de pre-veiling is geselecteerd, zal artikel 7*undecies*, § 8, van de Elektriciteitswet eerst moeten worden gewijzigd.

Artikel 3

11.1. Naar luid van artikel 3, tweede lid, van het ontwerp worden de akkoorden die de netbeheerder sluit met iedere aangrenzende transmissienetbeheerder voor de organisatie van de onrechtstreekse buitenlandse deelname, goedgekeurd door de CREG.

De gemachtigde verduidelijkt dienaangaande dat die goedkeuring door de CREG moet worden verkregen vooraleer de netbeheerder het akkoord in kwestie kan sluiten met de aangrenzende transmissiebeheerder. Dit moet in de tekst van het ontwerp worden verduidelijkt.

11.2. In artikel 3, derde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat voor het eerst ten laatste op 15 januari 2023 en vervolgens jaarlijks tot wanneer akkoorden met alle aangrenzende transmissienetbeheerders zijn gesloten, de netbeheerder een verslag overmaakt aan de minister met een overzicht van de stand van zaken van de sluiting van deze akkoorden en van hun uitvoering.

Uit die bepaling vloeit voort dat de verplichting om een verslag over te maken aan de minister ophoudt wanneer akkoorden met alle aangrenzende transmissienetbeheerders zijn gesloten. Dit impliceert dat de akkoorden in kwestie van onbepaalde duur zullen zijn, hetgeen de gemachtigde bevestigde. Het strekt tot aanbeveling dit in de tekst van artikel 3 te verduidelijken.

⁵ *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1779/001, 12.

Hoofdstuk V

12. Vermits hoofdstuk V twee artikelen telt, moet het opschrift van dit hoofdstuk “Slotbepalingen” luiden.

Artikel 5

13. Naar luid van artikel 5 van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt.

Tenzij er bijzondere redenen voorhanden zijn om af te wijken van de normale regels van inwerkingtreding van besluiten (de tiende dag volgend op de dag waarop het besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad), dient te worden afgezien van de inwerkingtreding op de dag waarop het besluit wordt bekendgemaakt. Elkeen moet immers over de mogelijkheid beschikken om kennis te nemen van de nieuwe regeling alvorens deze wordt toegepast.

Gevraagd of in dit geval bijzondere redenen voorhanden zijn, antwoordde de gemachtigde:

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

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

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

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

Ook al zal voor het eerste jaar de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten nog niet mogelijk zijn, lijkt het toch aanbevolen tijdig duidelijkheid te verschaffen over de regels ter zake.”

Aangezien evenwel, zoals de gemachtigde zelf aangeeft, dit jaar de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit geen prekwalificatiedossier indienen, en er geen pre-veiling wordt georganiseerd, valt niet in te zien waarom wordt afgeweken van de normale regels van inwerkingtreding.

*

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

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a essentiellement pour objet régler la participation de capacité étrangère indirecte au mécanisme de rémunération de capacité instauré par l'article 7^{undecies} 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'.

À cet effet, il contient un certain nombre de définitions (article 1^{er} du projet) et prévoit les conditions auxquelles le détenteur de capacité étrangère indirecte éligible peut introduire un dossier de préqualification (article 2, § 1^{er}). Chaque année, le gestionnaire du réseau fixe la capacité d'entrée maximale disponible pour la participation de capacité étrangère indirecte (article 2, § 3). Une pré-enchère est organisée pour chaque État membre européen limitrophe (article 2, § 2) et la participation d'un détenteur de capacité étrangère indirecte à cette pré-enchère est réglée (article 2, § 4). Le détenteur d'une capacité étrangère indirecte dont l'offre est sélectionnée à l'issue de la pré-enchère soumettra un dossier de préqualification (article 2, § 5). Pour le surplus, la participation des capacités étrangères indirectes à la pré-enchère, à la procédure de préqualification et à la mise aux enchères est fixée par les règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité (article 2, § 6).

Enfin, le gestionnaire du réseau et la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) sont habilités à conclure des accords avec, respectivement, chaque gestionnaire de réseau de transport limitrophe pour l'organisation de la participation étrangère indirecte (article 3) et avec chacune des autorités de régulation nationales limitrophes afin de prévoir des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières (article 4).

L'arrêté royal envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 5).

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. 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.

FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. Le projet trouve en principe un fondement juridique dans l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi sur l'électricité qui habilite le Roi à déterminer les conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification, en tenant compte de la contribution effective attendue de cette capacité à la sécurité d'approvisionnement en Belgique et de la conclusion d'accords entre les gestionnaires de réseau concernés. Il est permis en outre d'invoquer le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec cette disposition ainsi qu'avec l'article 7undecies, § 12, et § 15, alinéa 2, de la loi sur l'électricité.

4.2.1. L'article 2, §§ 2 et 4, du projet organise une pré-enchère à laquelle doivent participer les détenteurs de capacité étrangère indirecte en vue de pouvoir introduire par la suite un dossier de préqualification.

Aux termes de l'article 2, § 2, alinéa 2, du projet, la pré-enchère est organisée par le gestionnaire du réseau en application de l'instruction du ministre qui a l'énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) visée à l'article 7undecies, § 6, de la loi sur l'électricité. Or, cette disposition ne fait pas état d'une pré-enchère qui précède la mise aux enchères proprement dite mais règle uniquement les mises aux enchères pour les périodes de fourniture de capacité considérées. La référence que fait l'article 2, § 2, alinéa 2, du projet à l'article 7undecies, § 6, de la loi sur l'électricité sera donc omise. Cette disposition ne peut pas non plus procurer de fondement juridique au règlement en projet de la pré-enchère.

4.2.2. Le texte français de l'article 7undecies, § 13, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité dispose toutefois que la CREG exerce notamment un contrôle « des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères ». Ce membre de phrase ne figure pas – à la suite d'une erreur apparemment – dans le texte néerlandais de l'article 7undecies, § 13, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité. Or, il s'avère clairement que le législateur a envisagé un système de pré-enchère pour les détenteurs de capacité étrangère.

Au regard du texte français de l'article 7*undecies*, § 13, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité et de l'habilitation conférée au Roi à l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi sur l'électricité en vue de déterminer les conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification, on peut invoquer à l'égard des règles de pré-enchère le pouvoir général d'exécution du Roi, combiné avec les dispositions précitées de la loi sur l'électricité.

Toutefois, il y a lieu de rectifier sans attendre la discordance entre les textes néerlandais et français de l'article 7*undecies*, § 13, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité par une modification de la loi sur l'électricité ¹.

4.3. Aux termes de l'article 4, alinéa 1^{er}, du projet, la CREG conclut des accords avec chacune des autorités de régulation nationales limitrophes concernant des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières.

L'article 26, paragraphe 6, du règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'sur le marché intérieur de l'électricité' énonce qu'en cas de participation transfrontalière aux mécanismes de capacité, les fournisseurs de capacité sont tenus d'effectuer des paiements d'indisponibilité lorsque leur capacité n'est pas disponible. Selon le paragraphe 13 de cette même disposition, les autorités de régulation mettent en place des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières.

Aussi peut-on, dans ces conditions, invoquer à l'égard de l'article 4 du projet le pouvoir général d'exécution du Roi, combiné avec l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 5, de la loi sur l'électricité.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. L'article 1^{er} du projet comporte un certain nombre de définitions. Les articles subséquents du projet ne font cependant pas un usage cohérent des notions définies dans cette disposition.

Ainsi, par exemple, l'article 1^{er}, § 2, 7^o, du projet définit la notion de « détenteur de capacité étrangère indirecte éligible ». Si l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 4, alinéa 1^{er}, du projet, a certes par la suite recours à ladite notion, à d'autres endroits du texte, c'est la notion plus large de « détenteur de capacité étrangère indirecte » qui est utilisée ².

Il convient dès lors de vérifier si les notions définies à l'article 1^{er} du projet sont employées de manière cohérente et d'adapter la terminologie utilisée dans le projet en conséquence.

¹ Le cas échéant, on mettra cette modification législative à profit pour en outre clarifier la finalité de la pré-enchère et, compte tenu de l'observation formulée au point 10.8.2, l'articulation avec la procédure de préqualification.

² Article 2, § 2, alinéa 3, § 4, alinéas 2 et 3, et § 5, et article 3, alinéa 1^{er}, 3^o (« détenteurs de capacité étrangère indirecte »).

6. Le projet fait référence à un paragraphe d'un article du règlement (UE) 2019/943 d'une manière incorrecte³. Au lieu d'utiliser des parenthèses () pour désigner le paragraphe concerné, on écrira « paragraphe » suivi du numéro dudit paragraphe.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

7. Étant donné que le projet ne se limite pas à fixer les critères de recevabilité visés à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi sur l'électricité ou à déterminer les conditions et modalités y mentionnées permettant aux détenteurs de capacité étrangère indirecte de participer à la procédure de préqualification, il est recommandé d'adapter l'intitulé, afin de mieux traduire le contenu de l'arrêté envisagé.

Préambule

8. Le préambule doit être adapté conformément aux observations formulées ci-dessus à propos du fondement juridique du projet. Ainsi, il y a lieu de viser en plus, dans le troisième alinéa du préambule, l'article 7undecies, §§ 12 et 15, alinéa 2, de la loi sur l'électricité.

Article 1^{er}

9. On omettra la définition de la notion de « règlement (UE) 2019/943 » à l'article 1^{er}, § 2, 5^o, du projet, dès lors que l'article 2, 88^o, de la loi sur l'électricité prévoit déjà une définition de cette notion et que cette définition est applicable à l'arrêté envisagé, conformément à l'article 1^{er}, § 1^{er}, du projet.

Article 2

10.1. La condition mentionnée à l'article 2, § 1^{er}, 1^o, du projet aux termes de laquelle la capacité étrangère indirecte concernée doit être située sur le territoire d'un État membre européen limitrophe, est superflue, compte tenu de la définition de la « capacité étrangère indirecte » donnée à l'article 2, 85^o, de la loi sur l'électricité⁴, à savoir « la capacité localisée en dehors de la zone de réglage belge *mais dans un État membre de l'Union européenne limitrophe dont le réseau électrique est interconnecté au réseau électrique belge offrant une contribution à l'approvisionnement du marché belge via les interconnexions* ». Aussi cette condition sera-t-elle omise.

³ Voir les articles 2, §§ 3 et 5 (uniquement dans le texte néerlandais), et 3, alinéa 1^{er}, du projet.

⁴ L'article 1^{er}, § 1^{er}, du projet dispose que les définitions figurant à l'article 2 de la loi sur l'électricité s'appliquent à l'arrêté envisagé.

10.2. On écrira à l'article 2, § 1^{er}, 1^o, du projet, « ou sur un CDS, visé à l'article 2, § 1^{er}, 3^o de l'arrêté royal du 22 avril 2019 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci » (au lieu de « ou un CDS, visé à l'article 2, 3^o de l'arrêté royal du 22 avril 2019 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci, raccordé à ce réseau »). Le délégué a marqué son accord sur ce point.

10.3. L'article 2, § 1^{er}, 3^o, du projet instaure la condition suivante en vue du dépôt d'un dossier de préqualification par le détenteur d'une capacité étrangère indirecte éligible :

« dans le cas où un mécanisme de rémunération de capacité est développé dans l'[É]tat membre européen limitrophe dans lequel la capacité étrangère indirecte est située, cet état a au préalable accepté que les coûts du gestionnaire du réseau lié à la participation de capacité belge au mécanisme de capacité de cet [É]tat seront supportés directement ou indirectement par le mécanisme de capacité de l'état concerné ».

L'article 7*undecies*, § 15, alinéa 2, de la loi sur l'électricité dispose que dans le cas où un mécanisme de rémunération de capacité est développé dans l'État membre de l'Union européenne limitrophe [dans lequel la capacité étrangère est située], un accord est conclu entre les gestionnaires de réseau des deux États membres de l'Union européenne concernés, et contient le principe selon lequel des coûts du gestionnaire du réseau liés à la participation de la capacité belge au mécanisme de rémunération de capacité de l'État concerné seront supportés directement ou indirectement par le biais du mécanisme de rémunération de capacité de cet État.

En conséquence, on écrira à l'article 2, § 1^{er}, 3^o, du projet, « l'accord avec le gestionnaire du réseau de cet État membre, conclu conformément à l'article 7*undecies*, § 15, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999, contient l'acceptation préalable de ce que les coûts du gestionnaire du réseau liés à la participation de la capacité belge au mécanisme de rémunération de capacité de l'État concerné, seront supportés directement ou indirectement par le mécanisme de rémunération de capacité de cet État » (au lieu de « cet état a au préalable accepté que les coûts du gestionnaire du réseau lié à la participation de capacité belge au mécanisme de capacité de cet État seront supportés directement ou indirectement par le mécanisme de capacité de l'état concerné »).

10.4. L'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, dispose qu'est organisée une pré-enchère qui débute au plus tard le 1^{er} juin. À supposer que l'arrêté envisagé entre en vigueur à une date antérieure au 1^{er} juin 2021 et que l'intention n'est pas d'organiser une pré-enchère cette année, ce qu'a confirmé le délégué, le texte du projet doit prévoir une exception pour 2021.

10.5. Il résulte de l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, du projet que la pré-enchère peut être organisée le 1^{er} juin, alors que l'article 7*undecies*, § 8, dernier alinéa, de la loi sur l'électricité dispose que les détenteurs de capacité et donc également les détenteurs de capacité étrangère indirecte qui sont sélectionnés à l'issue de la pré-enchère, doivent introduire le dossier de préqualification le 15 juin. Le délai entre la pré-enchère et l'introduction du dossier de préqualification est dès lors très limité.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De voorziene datum wordt realistisch geacht aangezien teneinde deel te nemen aan de pre-veiling deze deelnemers al een proces hebben doorlopen waarin een deel van het prekwalificatiedossier is opgenomen. Bovendien, om op zinvolle wijze te kunnen deelnemen aan de pre-veiling is het redelijk te veronderstellen dat deze deelnemers al een zeer goed zicht hebben op alle elementen van een in te dienen prekwalificatiedossier. Tot slot, aangezien het indienen van een prekwalificatiedossier volledig op elektronische wijze wordt georganiseerd, kan dit erg efficiënt verlopen ».

On peut en effet admettre que le détenteur de capacité étrangère indirecte peut aussi utiliser l'information qu'il doit fournir en vue de la pré-enchère, pour le dossier de préqualification et que rien ne l'empêche de poursuivre la préparation dudit dossier tandis que la pré-enchère suit son cours. Il résulte néanmoins du dispositif en projet que le gestionnaire du réseau qui organise la pré-enchère ne disposera lui aussi que de peu de temps pour traiter l'information qui lui est transmise, de sorte que se pose la question de l'efficacité effective dudit dispositif dans la pratique.

10.6. À l'article 2, § 2, alinéa 2, du projet, le ministre est habilité à décider « qu'une pré-enchère avec un [É]tat membre européen limitrophe qu'il désigne ne doit pas être organisée, compte tenu du rapport du gestionnaire du réseau visé à l'article 3, alinéa 3 et, le cas échéant, du rapport de la commission visé à l'article 4, alinéa 2 ».

Une délégation à un ministre peut uniquement porter sur des questions d'ordre accessoire ou de détail. À la question de savoir comment se concilie le dispositif en projet avec ce principe, le délégué a répondu :

« Als hierboven aangegeven, staan de praktische regelingen om buitenlandse capaciteitshouders te laten deelnemen aan het capaciteitsmechanisme nog niet op punt, ook rekening houdend met de recent goedgekeurde Europese methodologie terzake. Het gegeven dat in de eerste T-4 veiling (en eventueel nog een aantal toekomstige T-4 veilingen) buitenlandse capaciteiten nog niet zullen kunnen deelnemen, is gekende informatie bij het aannemen van de wet. In die zin wordt voorzien:

‘3° de voorwaarden en modaliteiten waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure. Deze voorwaarden en nadere regels worden vastgesteld uiterlijk voor het eerste leveringsjaar, na advies van de commissie en van de netbeheerder; zij houden rekening met de verwachte effectieve bijdrage van deze capaciteit tot de bevoorradingszekerheid van België en met het afsluiten van akkoorden onder de betrokken netbeheerders.’ (eigen aanduiding)

En in de memorie van toelichting:

‘Voor wat betreft de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wordt vermeld dat de voorwaarden en modaliteiten tot deelname uiterlijk voor het eerste leveringsjaar worden vastgesteld, zodoende dat zij vanaf het eerste leveringsjaar kunnen deelnemen aan het Belgische CRM.’ (eigen aanduiding)

De bevoegdheid van de minister lijkt dus inderdaad niet te ruim ».

Compte tenu de l'ampleur des répercussions de la décision du ministre impliquant qu'une pré-enchère avec un État membre déterminé ne doit pas être organisée, à savoir que les détenteurs de capacité étrangère indirecte qui sont situés dans ledit État membre ne peuvent pas introduire de dossier de préqualification, il ne s'agit pas, semble-t-il, d'une question d'ordre accessoire ou de détail. Dans ces conditions, la délégation au ministre doit être limitée, en précisant par exemple les circonstances dans lesquelles le ministre peut décider de ne pas organiser de pré-enchère (comme si aucun accord n'avait été conclu avec le gestionnaire du réseau de l'État membre concerné).

10.7. La référence que fait l'article 2, § 2, alinéa 3, du projet à « la mise aux enchères correspondante » peut être précisée en écrivant « la mise aux enchères visée à l'article 7undecies, § 6, de la loi du 29 avril 1999 ».

10.8.1. Aux termes de l'article 2, § 4, alinéa 2, 1°, du projet, le détenteur de capacité étrangère indirecte qui souhaite remettre une offre lors de la pré-enchère, doit fournir une déclaration dont il ressort qu'il s'engage inconditionnellement à soumettre un dossier de préqualification pour un volume équivalent au cas où son offre est sélectionnée à l'issue de la pré-enchère. L'article 2, § 5, alinéa 1^{er}, du projet prévoit que le détenteur d'une capacité étrangère indirecte dont l'offre est sélectionnée à l'issue de la pré-enchère *soumettra* un dossier de préqualification, ce qui implique qu'il s'agit d'une obligation.

Or, ces dispositions ne se concilient pas avec l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet aux termes duquel les détenteurs de capacité étrangère indirecte qui satisfont aux conditions énoncées dans cette disposition, parmi lesquelles la sélection à l'issue de la pré-enchère, sont *autorisés* à introduire un dossier de préqualification.

Invité à apporter des précisions à ce sujet, le délégué a indiqué que l'intention est effectivement d'obliger les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère, à introduire un dossier de préqualification. Il a déclaré :

« Voor de buitenlandse capaciteitshouders die geselecteerd zijn in de pre-veiling geldt er inderdaad een verplichting om nadien een prekwalificatiedossier in te dienen. Dit is vervat onder het artikel 7undecies, §8, 3° waar de Koning de mogelijkheid krijgt om de voorwaarden en modaliteiten waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure.

In elk geval, het 'toegestane' karakter duidt op de deelname aan het geheel van het proces. Het is een vrijwillige keuze om wel of niet in te stappen in het proces van de pre-veiling én de eventueel hieruit volgende stappen. Door (vrijwillig) deel te nemen aan de pre-veiling engageert de deelnemer zich ook voor de eventuele vervolgstappen die eruit voortvloeien. Er is daarom geen onverenigbaarheid met wat bepaald is onder artikel 7undecies, §8, derde lid van de wet ».

10.8.2. L'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3°, de la loi sur l'électricité habilite le Roi à déterminer les conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte *peuvent* participer à la procédure de préqualification. L'alinéa 3 de ce paragraphe dispose que les détenteurs de capacité étrangère indirecte qui répondent aux critères de recevabilité, parmi lesquels la sélection à la pré-enchère, sont *autorisés* à introduire un dossier de préqualification. Le fait qu'il s'agit d'une possibilité de participation à cette procédure ressort en outre de l'exposé

des motifs qui fait état du « droit de participation pour les capacités étrangères directes et indirectes »⁵.

On peut certes admettre qu'il existe un fondement juridique aux règles de pré-enchère (voir l'observation formulée au point 4.2.2) mais ces dernières ne peuvent pas avoir pour conséquence de porter atteinte au choix du législateur d'instaurer une faculté (et donc pas une obligation) en faveur des détenteurs de capacité étrangère (indirecte) d'introduire un dossier de préqualification.

Par conséquent, on omettra l'article 2, § 4, alinéa 2, 1°, du projet et on remplacera à l'article 2, § 5, alinéa 1^{er}, du projet le mot « soumettra » par le mot « pourra soumettre ».

Si les auteurs du projet entendent néanmoins contraindre les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère, à introduire un dossier de préqualification, il conviendra de d'abord modifier l'article 7undecies, § 8, de la loi sur l'électricité.

Article 3

11.1. Aux termes de l'article 3, alinéa 2, du projet, les accords conclus par le gestionnaire du réseau avec chaque gestionnaire du réseau de transport limitrophe pour l'organisation de la participation étrangère indirecte, sont approuvés par la CREG.

Le délégué a précisé à ce sujet que cette approbation de la CREG doit avoir été reçue avant que le gestionnaire du réseau puisse conclure l'accord en question avec le gestionnaire du réseau de transport limitrophe. Il faut le préciser dans le texte du projet.

11.2. L'article 3, alinéa 3, du projet énonce que pour la première fois au plus tard le 15 janvier 2023 et ensuite annuellement jusqu'à ce que des accords soient conclus avec tous les gestionnaires du réseau de transport limitrophe, le gestionnaire du réseau transmet au ministre un rapport exposant l'état d'avancement de la conclusion de ces accords et de leur mise en œuvre.

Il résulte de cette disposition que l'obligation de transmettre un rapport au ministre cesse lorsque des accords ont été conclus avec tous les gestionnaires du réseau de transport limitrophe. Cela implique que les accords en question auront une durée indéterminée, ce qu'a confirmé le délégué. Il est recommandé de le préciser dans le texte de l'article 3.

Chapitre V

12. Le chapitre V comptant deux articles, l'intitulé de ce chapitre s'énoncera « Dispositions finales ».

⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1779/001, p. 12.

Article 5

13. Selon l'article 5 du projet, l'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

Sauf s'il existe des raisons particulières de déroger aux règles normales d'entrée en vigueur des arrêtés (le dixième jour suivant le jour de sa publication au Moniteur belge), il convient de renoncer à l'entrée en vigueur le jour de la publication de l'arrêté. Chacun doit en effet disposer de la faculté de prendre connaissance des nouvelles dispositions avant leur application.

À la question de savoir si, en l'occurrence, il existe des raisons particulières, le délégué a répondu :

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

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

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

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

Ook al zal voor het eerste jaar de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten nog niet mogelijk zijn, lijkt het toch aanbevolen tijdig duidelijkheid te verschaffen over de regels ter zake ».

Toutefois, vu que, comme l'indique le délégué, les détenteurs de capacité étrangère indirecte n'introduiront pas de dossier de préqualification cette année et qu'une pré-enchère ne sera pas non plus organisée, on n'aperçoit pas les motifs pour lesquels il est dérogé aux règles usuelles d'entrée en vigueur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH