



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.838/3
van 12 juli 2023

avis 73.838/3
du 12 juillet 2023

over

sur

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

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

Op 12 juni 2023 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 wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 juni 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 juli 2023.

*

Le 12 juin 2023, 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 ‘modifiant l'arrêté royal du 28 avril 2021 fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 27 juin 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Toon MOONEN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 juillet 2023.

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het vrijstellen van de actieve leveringspunten voor vraagrespon van de terugbetaalverplichting van het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: CRM). Daartoe wordt artikel 23 van het koninklijk besluit van 28 april 2021 ‘tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’ aangevuld met een nieuwe paragraaf *5bis* (artikel 1 van het ontwerp).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag dat in het Belgisch Staatsblad een bericht van de minister bevoegd voor energie wordt gepubliceerd waaruit blijkt dat de staatssteunaanmeldingsprocedure is afgerond op een wijze die toelaat om het besluit uit te voeren (artikel 2).

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel *7undecies*, § 11, derde lid, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, zoals ingevoegd bij de wet van 30 mei 2023,¹ waarbij de Koning wordt gemachtigd om te bepalen dat vraagrespon niet onderworpen is aan de terugbetaalverplichting van het capaciteitsvergoedingsmechanisme alsook om de voorwaarden te bepalen waaronder die uitzondering geldt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. In haar advies van 7 april 2023 formuleert de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) de volgende bedenkingen bij de ontworpen regeling:²

“La Belgique a opté pour un mécanisme de rémunération de capacité de type ‘option de fiabilité’. Ce type de CRM se caractérise par l’engagement, pour le détenteur d’un contrat de capacité, à rembourser la partie des revenus qu’il perçoit du marché lorsque le prix sur

¹ Wet van 30 mei 2023 ‘houdende wijzigingen inzake de werkingsregels en de betrouwbaarheidsopties in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme zoals bedoeld in hoofdstuk II*bis* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’. Die wijziging is in werking getreden op 15 juni 2023.

² CREG, advies (A)2540 van 7 april 2023, nr. 9.

ce marché dépasse un niveau prédéfini (prix de référence). L'engagement à reverser les revenus du marché dépassant un certain seuil est la contrepartie à la perception d'une rémunération annuelle de capacité fixe. L'intérêt de ce mécanisme est double, d'une part, il limite les surprofits, et, d'autre part, il incite les capacités à être disponibles lorsque des tensions sur le marché apparaissent, de façon à couvrir leur obligation de remboursement par des revenus perçus sur le marché. L'intérêt principal de cette option de fiabilité est donc de garantir la sécurité d'approvisionnement.

La CREG s'interroge sur les caractéristiques des capacités de type participation active de la demande qui pourraient justifier une exemption de cette obligation de remboursement.

Le coût (d'opportunité) de l'activation de la participation active de la demande peut certes varier considérablement selon le processus de réduction de la demande activé, rendant la détermination d'un prix de référence uniforme difficile à déterminer, mais les règles de fonctionnement actuelles du CRM tiennent compte de cette particularité (en permettant au détenteur de la capacité de déterminer son prix de référence) tout en respectant les principes de base du mécanisme d'aide notifié à la commission européenne.

La CREG s'interroge sur les particularités de la participation active de la demande qui peuvent justifier une exonération pure et simple de l'obligation de remboursement. En effet, un effacement de la demande a pour conséquence de rendre des MWh disponibles pour le système, ce qui ne le différencie pas fondamentalement d'une activité de production ou de stockage d'énergie puisque ces MWh non consommés peuvent être valorisés sur les marchés.

Néanmoins, la détermination d'un prix d'exercice est plus complexe pour les capacités de participation active de la demande et la CREG reconnaît que cette exonération peut simplifier la participation de ce type de capacités au CRM.

La CREG est d'avis que l'exonération de l'obligation de remboursement :

- Modifie le système d'aide d'Etat et nécessiterait une notification à la commission européenne ;
- Supprime un incitant à la disponibilité de ces capacités lorsque la sécurité d'approvisionnement le nécessite ;
- Introduit un traitement fondamentalement différent pour un type de technologie ;
- N'est pas suffisamment justifiée par les particularités de la participation active de la demande ;
- Est de nature à faciliter l'accès de la participation active de la demande au CRM.

Par ailleurs, la CREG note que les calculs du prix plafond intermédiaire et du coût du nouvel entrant devront tenir compte de cette absence de plafonnement des revenus du marché pour la technologie de participation active de la demande si la mesure est adoptée."

4.2. De gemachtigde reageerde daarop als volgt:

"Il est correct de constater qu'une exonération de l'obligation de remboursement à la gestion active de la demande modifie le système d'aide d'Etat comme approuvé par la Commission Européenne en 2021, qui en effet ne prévoit pas cette dérogation. Elle devra donc faire l'objet de la notification auprès de la Commission Européenne. Dans cette optique, des discussions informelles ont déjà eu lieu avec la Commission à plusieurs reprises.

Pour ce qui est de l'incitant de disponibilité relatif à l'obligation de remboursement, la conclusion de la CREG doit être nuancée.

D'abord, la nature de l'exemption appliquée à la technologie de gestion active de la demande se justifie par rapport à l'objectif initial de l'obligation de remboursement. En effet, celle-ci vise le remboursement des revenus exceptionnels qui représenteraient des profits inattendus pour les capacités participant au CRM bénéficiant déjà d'une rémunération fixe de capacité. La gestion active de la demande est très différente de la production de l'électricité. Après tout, on ne peut pas parler d'une 'vente d'électricité' sur le marché si la consommation d'une installation est réduite. Des nombreuses discussions avec et des feedbacks reçus à plusieurs reprises de la part des acteurs de marché actives dans la gestion de demande confirment : la gestion active de la demande, de par sa nature intrinsèque, ne capture pas les revenus exceptionnels à des prix élevés. Néanmoins avec l'obligation de remboursement comme implémentée, elle doit rembourser, dès qu'elle est activée (et cesse de consommer de l'énergie), la différence entre son prix d'activation et le prix de marché spot, bien qu'elle ne profite pas des revenus de marché comme les unités de production d'électricité.

Il est bon de rappeler que l'incitant de disponibilité reste plus que jamais présent dans le cadre du CRM belge peu importe l'exemption de remboursement pour la gestion active de la demande. En effet, l'obligation de disponibilité qui s'applique aux fournisseurs de capacité en échange de leur rémunération fixe de capacité dans le CRM reste valable dans tous les cas. Pour rappel, l'obligation de disponibilité consiste en 2 parties distinctes :

- D'une part, le monitoring des capacités qui vise à contrôler la disponibilité des capacités conformément à leur obligation de disponibilité dès que celles-ci sont censées être disponibles (c'est-à-dire dès que le prix de l'«availability monitoring trigger» (AMT) est dépassé par le prix spot) ;
- D'autre part, le test de certaines capacités dont les modalités seront déterminées sur base de critères confidentiels approuvés par le régulateur. Ce mécanisme de test des capacités sera une mesure de dernier recours visant à déterminer si les capacités que l'on voit par exemple peu sur le marché sont bien capables de remplir leur obligation de disponibilité.

En théorie, on peut dire que l'obligation de remboursement représente un incitant supplémentaire de se montrer disponibles dans le CRM étant donné qu'une obligation de remboursement s'appliquera en plus de l'obligation de disponibilité si le prix d'exercice est dépassé par le prix spot le moment venu. Cependant cette théorie s'applique plutôt sur les capacités 'classiques' comme les unités de production. Néanmoins, il est important de souligner que l'obligation de disponibilité telle que détaillée ci-dessus restera d'application et représente, en toutes circonstances, un mécanisme bien distinct de celui de l'obligation de remboursement pour les capacités dans le CRM. Les fournisseurs de capacité présentant en partie ou entièrement des points de livraison de gestion active de la demande devront toujours remplir leur obligation de disponibilité sous réserve de pénalités (ou même de baisse de rémunération de capacité voire de rupture de contrat) en cas de sous-performance.

Enfin, un élément que, selon nous, la CREG n'a pas pris en compte dans sa conclusion : il est également important d'ajouter que les unités sans programme journalier (<25 MW) comme les unités de gestion active de la demande devront fournir leur propre prix déclaré à partir duquel elles doivent être disponibles et être sujettes à une obligation de remboursement. Dans cette optique, le fait que la gestion active de la demande bénéficie d'une exemption représentera un incitant pour celle-ci de fournir un prix déclaré correct à partir duquel elle sera activée. Si la gestion active de la demande ne bénéficie pas de cette exemption, elle peut avoir un incitant à fournir un prix déclaré d'une valeur supérieure afin de ne pas être activée et ne pas être sujette à l'obligation de remboursement si son prix

déclaré n'est pas atteint. On peut donc considérer que le fait d'être exemptée d'obligation de remboursement donne un incitant supplémentaire pour la gestion active de la demande à fournir un prix déclaré plus juste. Cela lui permettra potentiellement de contribuer proportionnellement plus à la sécurité d'approvisionnement belge.

Compte tenu des considérations ci-dessus et dans l'optique d'assurer un traitement équitable entre les technologies souhaitant participer au CRM afin de maximiser la compétition dans l'enchère de celui-ci pour en minimiser les coûts, il apparaît justifié d'introduire une telle exemption pour la gestion active de la demande. En effet, une telle exemption permettrait de respecter le principe de neutralité technologique poursuivi dans le cadre du CRM. Dans l'état actuel des choses, on peut considérer que l'obligation de remboursement représente un frein à la participation de la gestion active de la demande au CRM puisqu'elle ne capture pas ces revenus exceptionnels à l'instar d'autres technologies.

Le dernier point soulevé par la CREG est une préoccupation qui sera examinée plus en détail. Toutefois, son impact doit être fortement nuancé. Comme expliqué ci-dessus, l'exemption vise à éviter que la technologie de gestion de la demande ne doive effectuer des paiements à partir de revenus présumés qu'elle n'a pas perçus. De ce point de vue, il est contradictoire de parler d'une 'absence de plafonnement des revenus du marché' pour cette technologie. En outre, les calculs du prix plafond intermédiaire et du coût du nouvel entrant mentionnés par la CREG sont basés sur des modèles statistiques où l'impact des pics de prix est intrinsèquement limité. Il s'agit donc d'une préoccupation en partie théorique."

4.3. De gemachtigde maakt het aannemelijk dat de vraagrespons een bijzondere positie inneemt, doordat het leveren van de capaciteit in dat geval niet verbonden is aan de verkoop van elektriciteit en er kan worden aangenomen dat daardoor geen uitzonderlijke winsten worden gerealiseerd die gepaard kunnen gaan met een hoge spotprijs. Niettemin beschikt de Raad van State niet over alle feitelijke gegevens om een definitief oordeel te kunnen vellen over de verenigbaarheid van de vrijstelling met het gelijkheidsbeginsel en met het EU-recht. Wat dat laatste betreft, is het des te belangrijker dat het ontwerp tijdig wordt aangemeld bij de Europese Commissie, zoals in het vooruitzicht wordt gesteld bij artikel 2 van het ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In het eerste lid van de aanhef wordt verwezen naar verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 'betreffende de interne markt voor elektriciteit'. De gemachtigde bevestigde dat die verwijzing kan worden weggelaten uit de aanhef.

6. Aangezien geen beroep vereist is op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, bedoeld in artikel 108 van de Grondwet, kan ook de verwijzing naar die grondwetsbepaling in het huidige tweede lid van de aanhef worden weggelaten.

7. In het huidige derde lid moet de datum van de wijzigingswet (30 mei 2023) worden ingevuld.

8. De veeleer wetgevingstechnische beschouwingen in het huidige twaalfde en dertiende lid van de aanhef kunnen beter worden weggelaten.

Artikel 1

9. In de ontworpen paragraaf 5*bis* van artikel 23 van het koninklijk besluit van 28 april 2021 (artikel 1 van het ontwerp) wordt verwezen naar artikel 2, 66°, van de wet van 29 april 1999. Daarmee wordt allicht de eerste vermelding van dat punt bedoeld,³ met daarin de definitie van de term “flexibiliteit”, terwijl de CREG in haar advies van 7 april 2023 opmerkt dat de geëigende term (die overigens ook in de rechtsgrond wordt gebruikt) “vraagrespons” is, en niet “flexibiliteit”.⁴ De term “vraagrespons” wordt gedefinieerd in artikel 2, 112°, van de wet van 29 april 1999.

De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Deze verwijzing dient inderdaad vervangen te worden door ‘artikel 2, 112°’ gelet op dat art. 3, 1°, b) van de wet van 30 mei 2023 houdende wijzigingen inzake de werkingsregels en de betrouwbaarheidsopties in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme zoals bedoeld in hoofdstuk II*bis* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt de term ‘vraagrespons’ uitdrukkelijk gebruikt.”

Met die aanpassing kan worden ingestemd.

*

³ Na een eerste vermelding van punt 66°, met een definitie van de term “flexibiliteit”, volgt immers een reeks definities in de punten 63° tot 70°, gevolgd door twee punten 71°. Uit de context blijkt dat in dit geval de definitie in het eerste punt 66° wordt bedoeld en niet de definitie van de term “centraal informatiepunt” in het tweede punt 66°. Er zou een wetgevend initiatief moeten worden genomen om deze nummeringspuinhoop recht te trekken.

⁴ CREG, advies (A)2540 van 7 april 2023, nr. 7.

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 entend exempter les points de livraison de la technologie 'participation active de la demande' de l'obligation de remboursement du mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : CRM). À cet effet, l'article 23 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 'fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité' est complété par un nouveau paragraphe 5bis (article 1^{er} du projet).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de la publication au Moniteur belge d'un avis du ministre qui a l'énergie dans ses attributions constatant que la procédure de notification d'une aide d'État a été clôturée d'une manière qui autorise l'exécution de l'arrêté (article 2).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet trouve son fondement juridique dans l'article 7undecies, § 11, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité', inséré par la loi du 30 mai 2023 ¹, qui habilite le Roi à déterminer que la participation active de la demande n'est pas soumise à l'obligation de remboursement du mécanisme de rémunération de capacité ainsi qu'à déterminer les conditions dans lesquelles cette exception s'applique.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Dans son avis du 7 avril 2023, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) formule les observations suivantes à l'égard du dispositif en projet ² :

« La Belgique a opté pour un mécanisme de rémunération de capacité de type 'option de fiabilité'. Ce type de CRM se caractérise par l'engagement, pour le détenteur d'un contrat de capacité, à rembourser la partie des revenus qu'il perçoit du marché lorsque le prix sur ce marché dépasse un niveau prédéfini (prix de référence). L'engagement à reverser les revenus du marché dépassant un certain seuil est la contrepartie à la perception

¹ Loi du 30 mai 2023 'portant des modifications relatives aux règles de fonctionnement et aux options de fiabilité dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité visé au chapitre IIbis de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'. Cette modification est entrée en vigueur le 15 juin 2023.

² CREG, avis (A)2540 du 7 avril 2023, n° 9.

d'une rémunération annuelle de capacité fixe. L'intérêt de ce mécanisme est double, d'une part, il limite les surprofits, et, d'autre part, il incite les capacités à être disponibles lorsque des tensions sur le marché apparaissent, de façon à couvrir leur obligation de remboursement par des revenus perçus sur le marché. L'intérêt principal de cette option de fiabilité est donc de garantir la sécurité d'approvisionnement.

La CREG s'interroge sur les caractéristiques des capacités de type participation active de la demande qui pourraient justifier une exemption de cette obligation de remboursement.

Le coût (d'opportunité) de l'activation de la participation active de la demande peut certes varier considérablement selon le processus de réduction de la demande activé, rendant la détermination d'un prix de référence uniforme difficile à déterminer, mais les règles de fonctionnement actuelles du CRM tiennent compte de cette particularité (en permettant au détenteur de la capacité de déterminer son prix de référence) tout en respectant les principes de base du mécanisme d'aide notifié à la commission européenne.

La CREG s'interroge sur les particularités de la participation active de la demande qui peuvent justifier une exonération pure et simple de l'obligation de remboursement. En effet, un effacement de la demande a pour conséquence de rendre des MWh disponibles pour le système, ce qui ne le différencie pas fondamentalement d'une activité de production ou de stockage d'énergie puisque ces MWh non consommés peuvent être valorisés sur les marchés.

Néanmoins, la détermination d'un prix d'exercice est plus complexe pour les capacités de participation active de la demande et la CREG reconnaît que cette exonération peut simplifier la participation de ce type de capacités au CRM.

La CREG est d'avis que l'exonération de l'obligation de remboursement :

- Modifie le système d'aide d'Etat et nécessiterait une notification à la commission européenne ;
- Supprime un incitant à la disponibilité de ces capacités lorsque la sécurité d'approvisionnement le nécessite ;
- Introduit un traitement fondamentalement différent pour un type de technologie ;
- N'est pas suffisamment justifiée par les particularités de la participation active de la demande ;
- Est de nature à faciliter l'accès de la participation active de la demande au CRM.

Par ailleurs, la CREG note que les calculs du prix plafond intermédiaire et du coût du nouvel entrant devront tenir compte de cette absence de plafonnement des revenus du marché pour la technologie de participation active de la demande si la mesure est adoptée ».

4.2. À ce propos, le délégué a réagi en ces termes :

« Il est correct de constater qu'une exonération de l'obligation de remboursement à la gestion active de la demande modifie le système d'aide d'Etat comme approuvé par la Commission Européenne en 2021, qui en effet ne prévoit pas cette dérogation. Elle devra donc faire l'objet de la notification auprès de la Commission Européenne. Dans cette optique, des discussions informelles ont déjà eu lieu avec la Commission à plusieurs reprises.

Pour ce qui est de l'incitant de disponibilité relatif à l'obligation de remboursement, la conclusion de la CREG doit être nuancée.

D'abord, la nature de l'exemption appliquée à la technologie de gestion active de la demande se justifie par rapport à l'objectif initial de l'obligation de remboursement. En effet, celle-ci vise le remboursement des revenus exceptionnels qui représenteraient des profits inattendus pour les capacités participant au CRM bénéficiant déjà d'une rémunération fixe de capacité. La gestion active de la demande est très différente de la production de l'électricité. Après tout, on ne peut pas parler d'une 'vente d'électricité' sur le marché si la consommation d'une installation est réduite. Des nombreuses discussions avec et des feedbacks reçus à plusieurs reprises de la part des acteurs de marché actives dans la gestion de demande confirment : la gestion active de la demande, de par sa nature intrinsèque, ne capture pas les revenus exceptionnels à des prix élevés. Néanmoins avec l'obligation de remboursement comme implémentée, elle doit rembourser, dès qu'elle est activée (et cesse de consommer de l'énergie), la différence entre son prix d'activation et le prix de marché spot, bien qu'elle ne profite pas des revenus de marché comme les unités de production d'électricité.

Il est bon de rappeler que l'incitant de disponibilité reste plus que jamais présent dans le cadre du CRM belge peu importe l'exemption de remboursement pour la gestion active de la demande. En effet, l'obligation de disponibilité qui s'applique aux fournisseurs de capacité en échange de leur rémunération fixe de capacité dans le CRM reste valable dans tous les cas. Pour rappel, l'obligation de disponibilité consiste en 2 parties distinctes :

- D'une part, le monitoring des capacités qui vise à contrôler la disponibilité des capacités conformément à leur obligation de disponibilité dès que celles-ci sont censées être disponibles (c'est-à-dire dès que le prix de l' 'availability monitoring trigger' (AMT) est dépassé par le prix spot) ;
- D'autre part, le test de certaines capacités dont les modalités seront déterminées sur base de critères confidentiels approuvés par le régulateur. Ce mécanisme de test des capacités sera une mesure de dernier recourt visant à déterminer si les capacités que l'on voit par exemple peu sur le marché sont bien capables de remplir leur obligation de disponibilité.

En théorie, on peut dire que l'obligation de remboursement représente un incitant supplémentaire de se montrer disponibles dans le CRM étant donné qu'une obligation de remboursement s'appliquera en plus de l'obligation de disponibilité si le prix d'exercice est dépassé par le prix spot le moment venu. Cependant cette théorie s'applique plutôt sur les capacités 'classiques' comme les unités de production. Néanmoins, il est important de souligner que l'obligation de disponibilité telle que détaillée ci-dessus restera d'application et représente, en toutes circonstances, un mécanisme bien distinct de celui de l'obligation de remboursement pour les capacités dans le CRM. Les fournisseurs de capacité présentant en partie ou entièrement des points de livraison de gestion active de la demande devront toujours remplir leur obligation de disponibilité sous réserve de pénalités (ou même de baisse de rémunération de capacité voire de rupture de contrat) en cas de sous-performance.

Enfin, un élément que, selon nous, la CREG n'a pas pris en compte dans sa conclusion : il est également important d'ajouter que les unités sans programme journalier (<25 MW) comme les unités de gestion active de la demande devront fournir leur propre prix déclaré à partir duquel elles doivent être disponibles et être sujettes à une obligation de remboursement. Dans cette optique, le fait que la gestion active de la demande bénéficie d'une exemption représentera un incitant pour celle-ci de fournir un prix déclaré correct à partir duquel elle sera activée. Si la gestion active de la demande ne bénéficie pas de cette exemption, elle peut avoir un incitant à fournir un prix déclaré d'une valeur supérieure afin de ne pas être activée et ne pas être sujette à l'obligation de remboursement si son prix

déclaré n'est pas atteint. On peut donc considérer que le fait d'être exemptée d'obligation de remboursement donne un incitant supplémentaire pour la gestion active de la demande à fournir un prix déclaré plus juste. Cela lui permettra potentiellement de contribuer proportionnellement plus à la sécurité d'approvisionnement belge.

Compte tenu des considérations ci-dessus et dans l'optique d'assurer un traitement équitable entre les technologies souhaitant participer au CRM afin de maximiser la compétition dans l'enchère de celui-ci pour en minimiser les coûts, il apparaît justifié d'introduire une telle exemption pour la gestion active de la demande. En effet, une telle exemption permettrait de respecter le principe de neutralité technologique poursuivi dans le cadre du CRM. Dans l'état actuel des choses, on peut considérer que l'obligation de remboursement représente un frein à la participation de la gestion active de la demande au CRM puisqu'elle ne capture pas ces revenus exceptionnels à l'instar d'autres technologies.

Le dernier point soulevé par la CREG est une préoccupation qui sera examinée plus en détail. Toutefois, son impact doit être fortement nuancé. Comme expliqué ci-dessus, l'exemption vise à éviter que la technologie de gestion de la demande ne doive effectuer des paiements à partir de revenus présumés qu'elle n'a pas perçus. De ce point de vue, il est contradictoire de parler d'une 'absence de plafonnement des revenus du marché' pour cette technologie. En outre, les calculs du prix plafond intermédiaire et du coût du nouvel entrant mentionnés par la CREG sont basés sur des modèles statistiques où l'impact des pics de prix est intrinsèquement limité. Il s'agit donc d'une préoccupation en partie théorique ».

4.3. Le délégué rend plausible le fait que la participation active de la demande occupe une place particulière en ce que, dans ce cas, la fourniture de la capacité n'est pas liée à la vente d'électricité et il peut être admis que, de ce fait, il n'est pas réalisé de profits exceptionnels qui peuvent s'accompagner d'un prix spot élevé. Néanmoins, le Conseil d'État ne dispose pas de tous les éléments de fait pour statuer définitivement sur la compatibilité de l'exemption avec le principe d'égalité et avec le droit de l'UE. En ce qui concerne ce dernier point, il importe d'autant plus que le projet soit notifié à temps à la Commission européenne, comme l'envisage l'article 2 du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Le premier alinéa du préambule vise le règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'sur le marché intérieur de l'électricité'. Le délégué a confirmé que cette référence peut être omise du préambule.

6. Dès lors qu'il n'est pas requis d'invoquer le pouvoir général d'exécution du Roi, visé à l'article 108 de la Constitution, on peut également omettre la référence à cette disposition constitutionnelle dans le deuxième alinéa actuel du préambule.

7. Dans le troisième alinéa actuel, on complétera la date de la loi modificative (30 mai 2023).

8. Mieux vaudrait omettre les considérations tenant plutôt à la technique législative figurant aux douzième et treizième alinéas actuels du préambule.

Article 1^{er}

9. Le paragraphe 5*bis*, en projet, de l'article 23 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 (article 1^{er} du projet) vise l'article 2, 66°, de la loi du 29 avril 1999. Il s'agit sans doute de la première mention de ce point ³ qui contient la définition du terme « flexibilité », alors que dans son avis du 7 avril 2023, la CREG observe que le terme approprié (qui est du reste également utilisé dans le fondement juridique) est « participation active de la demande », et non « flexibilité » ⁴. Le terme « participation active de la demande » est défini à l'article 2, 112°, de la loi du 29 avril 1999.

À cet égard, le délégué a réagi en ces termes :

« Deze verwijzing dient inderdaad vervangen te worden door ‘artikel 2, 112°’ gelet op dat art. 3, 1°, b) van de wet van 30 mei 2023 houdende wijzigingen inzake de werkingsregels en de betrouwbaarheidsopties in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme zoals bedoeld in hoofdstuk II*bis* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt de term ‘vraagrespon’s uitdrukkelijk gebruikt ».

On peut se rallier à cette adaptation.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

³ Après une première mention du point 66°, contenant une définition du terme « flexibilité », suivent en effet une série de définitions aux points 63° à 70°, suivis de deux points 71°. Il se déduit du contexte qu'il s'agit en l'occurrence de la définition donnée au premier point 66° et non de la définition du terme « point d'information unique » figurant au deuxième point 66°. Il y aurait lieu de prendre une initiative législative pour rectifier cette numérotation chaotique.

⁴ CREG, avis (A)2540 du 7 avril 2023, n° 7.