



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 75.423/16
van 21 februari 2024

avis 75.423/16
du 21 février 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘houdende de voorwaarden en
modaliteiten betreffende de
deelname door de houders van
onrechtstreekse buitenlandse
capaciteit aan de
preveilingprocedure en aan de
prekwalificatieprocedure
georganiseerd in het kader van het
capaciteitsvergoedingsmechanisme’

un projet d'arrêté royal ‘portant
les conditions et modalités de
participation par les détenteurs de
capacité étrangère indirecte à la
procédure de pré-enchère et à la
procédure de préqualification
organisées dans le cadre du
mécanisme de rémunération de
capacité’

Op 22 januari 2024 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 ‘houdende de voorwaarden en modaliteiten betreffende de deelname door de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de preveilingprocedure en aan de prekwalificatieprocedure georganiseerd in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 13 februari 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wvd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, 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 Toon MOONEN, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 februari 2024.

*

Le 22 janvier 2024, 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 ‘portant les conditions et modalités de participation par les détenteurs de capacité étrangère indirecte à la procédure de pré-enchère et à la procédure de préqualification organisées dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 13 février 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, 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 Toon MOONEN, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 21 février 2024.

*

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 ertoe de deelname van houders 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: Elektriciteitswet). Hoofdstuk I bevat definities (artikel 1 van het ontwerp). In hoofdstuk II worden de preveilingen geregeld (artikelen 2 tot 9). De hoofdstukken III en IV betreffen respectievelijk netbeheerdersakkoorden (artikel 10) en akkoorden tussen reguleringsinstanties (artikel 11).

Het te nemen besluit treedt in werking de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt (artikel 12).

3. Op 13 april 2021 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, advies 69.013/3 uitgebracht over een ontwerp met dezelfde strekking.¹ Volgens de gemachtigde werd de nu voorgelegde tekst aangepast in het licht van dat advies. Hij bevat echter ook nieuwe elementen.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die al eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Enkel de nieuw ontworpen artikelen of de ontworpen artikelen die verder gaan dan het rekening houden met de opmerkingen uit de eerdere adviezen, en die bijgevolg als nieuw kunnen worden beschouwd, zullen worden onderzocht. Wat de andere bepalingen van het voorontwerp betreft, wordt verwezen naar het voornoemde advies.

ONTVANKELIJKHEID VAN DE ADVIESAANVRAAG

4.1. Naar luid van artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet kan een geprekwalificeerde capaciteitshouder beslissen om geen bieding in te dienen in het kader van de veiling, op voorwaarde dat hij de netbeheerder er uiterlijk op 30 september van het betreffende kalenderjaar van op de hoogte brengt.

Artikel 5, § 1, 4°, van het ontwerp bepaalt dat de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit er zich onvoorwaardelijk toe verbindt om een prekwalificatiedossier in te

¹ Adv.RvS 69.013/3 van 13 april 2021 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’.

dienen dat een gelijk volume behelst in het kader van de betreffende veiling indien zijn bieding geselecteerd wordt in het kader van de preveiling. Artikel 7, § 2, van het ontwerp bepaalt dat de biedingen die worden geselecteerd in een preveiling, worden geacht ingediend te zijn in de overeenstemmende veiling op voorwaarde dat het betrokken dossier voldoet aan de ontvankelijkheidscriteria en aan de criteria en nadere regels inzake prekwalficatie is voldaan.

4.2. In het advies van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) van 21 december 2023 wordt gewezen op een mogelijke strijdigheid van de regeling in het ontwerp met artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet en op de bedoeling om die bepaling binnenkort te wijzigen:

“17. S’agissant de la possible contrariété à l’article 7*undecies*, § 10, al. 3, de la loi électricité, relevée précédemment, la CREG a été informée du fait qu’un avant-projet de loi adopté en première lecture vise à modifier cette disposition, de sorte que l’option de ne pas soumettre d’offre lors de la mise aux enchères ne serait plus ouverte aux détenteurs de capacité étrangère indirecte.”

Bij artikel 8, 9°, c), van een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarover de Raad van State op 15 januari 2024 advies 75.102/16 heeft gegeven, wordt inderdaad beoogd om in artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit voor wie tijdens de preveiling ten minste één bod is geselecteerd, uit te zonderen van de mogelijkheid om geen bieding in te dienen in het kader van de veiling. Dat wetsontwerp is echter nog niet ingediend in de Kamer van volksvertegenwoordigers, laat staan dat het al zou zijn aangenomen door de plenaire vergadering.

4.3. Gevraagd of de regeling in de artikelen 5, § 1, 4°, en 7, § 2, van het ontwerp, die onder bepaalde voorwaarden houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit verplichten tot het deelnemen aan een veiling, dus vooralsnog strijdig is met artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet, antwoordde de gemachtigde:

“Artikel 5, §1, 4° en artikel 7, §2 van het ontwerp besluit beogen niet om capaciteitshouders (binnenlands of buitenlands) te dwingen actief deel te nemen aan de veiling.

Houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zijn niet verplicht om zich te prekwalficeren en kunnen dus kiezen om een bod of geen bod in te dienen in de preveiling.

Binnenlandse capaciteitshouders die voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria zijn daarentegen wettelijk verplicht om zich te prekwalficeren overeenkomstig artikel 7*undecies*, §8, tweede lid van de Elektriciteitswet en kunnen deze keuze dus pas later in het proces maken, namelijk bij de keuze om een bod in te dienen of niet.

Kortom, alle capaciteiten hebben uiteindelijk slechts één keer de keuze om al dan niet een bod uit te brengen.

Bovendien dient ook opgemerkt te worden dat de CREG als volgt heeft geadviseerd in haar advies (A) 2681 van 26 oktober 2023 (§ 23):

‘[...]’

En outre, la CREG estime que cette condition d’admission, telle qu’elle est formulée, ne limite pas suffisamment les risques de gaming. A minima, un détenteur de capacité étrangère indirecte dont l’offre a été sélectionnée à l’issue de la pré-

enchère devrait être tenu, s'il désire remettre une offre dans le cadre de la mise aux enchères, de remettre une offre identique à celle qui a été sélectionnée lors de la pré-enchère. Afin d'éviter tout risque de gaming, la CREG suggère même d'introduire une obligation pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère de remettre une offre (identique) lors de l'enchère.

[...]

Bovenstaande geeft duiding bij de noodzaak om te voorzien in dergelijke verplichte indiening van een bieding.

Tot slot dient ook opgemerkt te worden dat uit artikel 26, lid 2 en lid 13, van Verordening 2019/943 dat de deelname van buitenlandse capaciteiten aan het CRM van een andere lidstaat in beginsel moet plaatsvinden volgens dezelfde procedures als die welke van toepassing zijn op capaciteiten die op het grondgebied van die staat zijn gevestigd. Gelet op dat binnenlandse capaciteit slechts op één moment de keuze hebben al dan niet een bod in te dienen, rekening houdend met dat zij onderworpen zijn aan een prekwalificatieverplichting lijkt het aangewezen, mede in het licht van het vermijden van gaming, dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit ook slechts op één moment de keuze kunnen maken om een bod in te dienen.”

Dat antwoord biedt verduidelijking over de opportuniteit van de voorgenomen regeling, maar weerlegt niet dat ze strijdig is met het bestaande artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet. Die wettelijke bepaling laat een geprekwalificeerde capaciteitshouder immers toe om geen bieding in te dienen in het kader van de veiling.² De mogelijkheid om daarvan af te wijken voor de geprekwalificeerde houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kan evenmin worden afgeleid uit het door de gemachtigde vermelde artikel 26, leden 2 en 13, van verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende de interne markt voor elektriciteit’.³ Die bepalingen waarborgen slechts de mogelijkheid voor buitenlandse capaciteit om op doeltreffende en niet-discriminerende wijze deel te nemen aan concurrerende procedures.

4.4. Het onderzoek door de Raad van State van de rechtsgrond van ontwerpbesluiten die hem om advies worden voorgelegd, kan slechts op een sluitende wijze gebeuren wanneer die rechtsgrond zelf voldoende vaststaat. Zolang de voorgenomen herziening van artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet niet is gerealiseerd, bestaat er geen rechtsgrond voor de

² In de door de gemachtigde aangehaalde overweging van het advies van de CREG van 26 oktober 2023 werd overigens ook, net als in het reeds aangehaalde advies van 21 december 2023, door de CREG gewezen op dit probleem.

³ Die bepalingen, betreffende de grensoverschrijdende deelname aan capaciteitsmechanismen, luiden als volgt:

“2. De lidstaten waarborgen dat buitenlandse capaciteit die in staat is technische prestaties te leveren die gelijkwaardig zijn aan binnenlandse capaciteit, de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan dezelfde concurrerende procedure als binnenlandse capaciteit. In het geval van capaciteitsmechanismen die worden gebruikt vanaf 4 juli 2019, kunnen de lidstaten rechtstreekse deelname van interconnectoren als buitenlandse capaciteit toestaan in dezelfde concurrerende procedure, voor ten hoogste vier jaar na 4 juli 2019 of twee jaar na de datum van goedkeuring van de in lid 11 bedoelde methodologieën, naargelang wat zich het eerst voordoet.

De lidstaten kunnen voorschrijven dat de capaciteit zich bevindt in een lidstaat met een rechtstreekse netaansluiting met de lidstaat die het mechanisme toepast. (...)

13. De regulerende instanties waarborgen dat de grensoverschrijdende deelname aan capaciteitsmechanismen op doeltreffende en niet-discriminerende wijze wordt georganiseerd. Zij stellen met name adequate administratieve regelingen vast voor het afdwingen van niet-beschikbaarheidsbetalingen over grenzen heen.”

artikelen 5, § 1, 4°, en 7, § 2, van het ontwerp. De adviesaanvraag is, wat die bepalingen betreft, bijgevolg voorbarig en dus onontvankelijk. Dat impliceert dat ze moeten worden ondergebracht in een afzonderlijk ontwerp tot wijziging van het te nemen besluit waarvoor pas op ontvankelijke wijze een adviesaanvraag kan worden ingediend van zodra het voormelde wetsontwerp door de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers zal zijn aangenomen.

RECHTSGROND

5. Artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet machtigt de Koning tot het bepalen van “de voorwaarden en modaliteiten waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de preveilingprocedure, en indien hun bod in de preveiling wordt geselecteerd, de voorwaarden waaronder deze houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit moeten deelnemen aan de prekwalificatieprocedure”.

Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in dat artikel en in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, §§ 12 en 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet.⁴

Artikel 11 van het ontwerp, betreffende de akkoorden tussen reguleringsinstanties, vindt rechtsgrond in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, § 8, vijfde lid, 2°, van de Elektriciteitswet.

VORMVEREISTEN

6. Het ontwerp wijzigt een regeling inzake staatssteun, zodat het in principe moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Krachtens artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dient de Europese Commissie immers van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte te worden gebracht. Bevraagd over die aanmelding, antwoordde de gemachtigde:

“De beoogde principes en regeling werd reeds aan de Europese commissie voorgelegd in het kader van haar staatsteunbeslissing van 27.08.2021 (SA.54915)⁵ en van 29 september 2023 (SA.104336)⁶. De wijzigingen aan het ontwerp KB dat reeds aan de RvS werden voorgelegd nopen tot een nieuwe adviesaanvraag bij de RvS maar hebben echter ons inziens geen betrekking op elementen die een invloed hebben op de beoordeling van de Europese Commissie gelet op dat het in het bijzonder verduidelijkingen betreffen of het

⁴ Er zal over moeten worden gewaakt dat wordt voldaan aan de bij artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet opgelegde vereiste dat de voorwaarden en nadere regels, waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen, uiterlijk voor het eerste leveringsjaar worden vastgesteld. De gemachtigde verduidelijkte dat die periode start op 1 november 2025.

⁵ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: Zie in het bijzonder sectie 1.10 (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf).

⁶ Voetnoot 2 van het antwoord van de gemachtigde: Zie in het bijzonder sectie 2.9 (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202340/SA_104336_B04EFF8A-0000-CDF2-866E-13BF028481FA_65_1.pdf).

nader preciseren van bijkomende modaliteiten in het ontwerp KB in plaats van in de werkingsregels zoals beoogd werd in art. 2, §6 van het oud ontwerp KB.”

Zoals de gemachtigde zelf aangeeft, wordt voor het bepalen of er een recht tot deelname bestaat voor een houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit echter niet langer voorzien in een delegatie, maar in een regeling waarbij deze voorwaarden in het te nemen besluit zelf worden vastgesteld. Aldus worden nu de categorieën van personen die eventueel in aanmerking komen voor staatssteun bepaald. Behalve indien een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsregeling, of tenzij de inhoud van de regeling al eerder aan de Commissie zou zijn aangemeld (als onderdeel van hoe de delegatie waarin toen werd voorzien, zou worden uitgevoerd) zal aan dat vormvereiste vooralsnog dienen te worden voldaan en kan aan de betrokken bepalingen geen uitvoering worden gegeven voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁷ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. Rekening houdend met wat hiervoor werd opgemerkt over de rechtsgrond voor het ontwerp, moet de aanhef ervan worden aangevuld met een verwijzing naar artikel 7*undecies*, § 8, vijfde lid, 2°, van de Elektriciteitswet.

8. In de aanhef moeten de datums van het advies van de Inspecteur van Financiën en van de regelgevingsimpactanalyse worden aangevuld.

Artikel 4

9. Naar luid van artikel 4, § 1, eerste lid, van het ontwerp geeft de minister, in het kader van de instructie bedoeld in artikel 7*undecies*, § 6, eerste lid, van de Elektriciteitswet, instructie aan de netbeheerder om de *preveilingen* te organiseren en bepaalt hij de maximale beschikbare toegangscapaciteit van iedere aangrenzende Europese Lidstaat.⁸

De in die bepaling van de Elektriciteitswet bedoelde instructie betreft evenwel de organisatie van de *veilingen*. Zoals de Raad van State het begrijpt, zal de inhoud van de instructie over de veilingen afhankelijk zijn van de uitkomst van de preveilingen, zodat het om onderscheiden instructies gaat. In artikel 4, § 1, eerste lid, van het ontwerp, dat de instructie over de preveilingen

⁷ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

⁸ De zinsnede “voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” komt niet voor in de Franse tekst van het ontwerp. Die discordantie moet worden verholpen.

betreft, wordt dus het best niet naar de instructie bedoeld in artikel 7*undecies*, § 6, eerste lid, van de Elektriciteitswet verwezen.

10. De gemachtigde bevestigde dat het de bedoeling is dat de maximale beschikbare toegangscapaciteit van lager dan 50 megawatt, waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 4, § 1, tweede lid, 2°, van het ontwerp, betrekking heeft op de gehele betrokken aangrenzende Europese lidstaat. De Nederlandse tekst ervan moet in dat licht worden verduidelijkt.

11. In artikel 4, § 2, van het ontwerp wordt melding gemaakt van “de referentieprij van een NEMO-marktsegment dat actief is in de aangrenzende Europese lidstaat, aangeduid door elke houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit” en van “de activiteit van de gekozen NEMO”. Gevraagd om de draagwijdte daarvan toe te lichten, antwoordde de gemachtigde:

“De NEMO is de door de Capaciteitsleverancier gekozen marktexploitant bij wie de referentieprij wordt waargenomen. Het marktsegment kan de Day – ahead markt of de intradaymarkt zijn. Concreet heeft de indirecte buitenlandse capaciteit de mogelijkheid om zelf aan te geven welke referentieprij van een bepaalde NEMO dient gebruikt te worden in de CRM processen. Belangrijk is dat deze NEMO actief is in de aangrenzende Europese lidstaat.

De beschikbaarheid en terugbetalingsverplichtingen van capaciteitsleveranciers zijn gekoppeld aan marktsignalen.

Aangezien het CRM ontworpen is om zijn impact op de werking van de elektriciteitsmarkten zoveel mogelijk te beperken, moet capaciteit die in het Belgische CRM gecontracteerd is maar zich in een buurland bevindt, blijven reageren op prijssignalen op zijn markt. De bedoeling van dit artikel is aan te geven dat de prijssignalen waarmee rekening wordt gehouden in het kader van de beschikbaarheids- en terugbetalingsverplichtingen niet de prijssignalen op de Belgische markt zullen zijn, maar de prijssignalen op de door de capaciteitshouder gekozen markt, die actief is in de regelzone waarin de buitenlandse capaciteit zich bevindt.”

Artikel 2, 40°*bis*, van de Elektriciteitswet definieert het begrip “NEMO” als “een beheerder van de Belgische elektriciteitsmarkt aangesteld met toepassing van Verordening (EU) 2015/1222 van de Commissie van 24 juli 2015 tot vaststelling van richtsnoeren betreffende capaciteitstoewijzing en congestiebeheer”. Aangezien door de stellers van het ontwerp een andere draagwijdte van het begrip “NEMO” wordt beoogd, moet een nieuwe definitie (van een ander begrip) worden opgenomen in artikel 1, § 2, van het ontwerp. Ook voor het begrip “NEMO-marktsegment” wordt het best een definitie opgenomen.

Artikel 5

12. Uit artikel 5, § 2, eerste lid, van het ontwerp volgt dat de netbeheerder in modeldocumenten kan kiezen of al dan niet een verklaring of een verbintenis nodig is in hoofde van de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit om de vervulling van toelatingsvoorwaarden aan te tonen. Om verdere toelichting verzocht, stelde de gemachtigde:

“In deze fase heeft de netbeheerder bevestiging nodig van de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit om er zeker van te zijn dat ze de nodige documenten zullen voorleggen tijdens de prekwalificatiefase. Aangezien [we] het slechts over de

praktische aspecten hebben zoals bv de modellen, lijkt het te volstaan dat de netbeheerder een gids voor deelname aan het proces publiceert. Zonder dat hiermee wordt beoogd afbreuk te doen aan de toelatingscriteria vermeld in art. 5, §1 van het ontwerp KB en de werkingsregels waar desgevallend naar verwezen wordt.

Bovendien betreft dit ons inziens eerder een uitoefening van de machtiging aan de Koning vervat in artikel 7undecies, §8, eerste lid, 3° van de Elektriciteitswet de voorwaarden en modaliteiten te bepalen waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de preveilingprocedure, en indien hun bod in de preveiling wordt geselecteerd, de voorwaarden waaronder deze houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit moeten deelnemen aan de prekwalificatieprocedure.”

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een private onderneming, zoals de netbeheerder, is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.⁹

In de mate dat artikel 5, § 2, eerste lid, van het ontwerp een delegatie verleent waarbij de netbeheerder in een “gids” kan bepalen of al dan niet een verklaring of verbintenis wordt vereist (waardoor de netbeheerder in feite in een vrijstelling kan voorzien van het bewijs of aan bepaalde toelatingsvoorwaarden is voldaan), is deze delegatie te verregaand. Indien een dergelijke verklaring of verbintenis in bepaalde gevallen niet vereist is, moet de Koning (of de CREG)¹⁰ dat zelf bepalen of minstens de criteria daarvoor vaststellen. Indien steeds een verklaring of verbintenis wordt vereist, kan de delegatie worden aanvaard, maar moet in artikel 5, § 2, eerste lid, van het ontwerp worden verduidelijkt dat de netbeheerder er enkel een nadere invulling aan kan geven.

⁹ Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4 en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: “De artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies.”; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: “Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen.” Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

¹⁰ Op grond van de machtiging in artikel 7undecies, § 12, van de Elektriciteitswet (met goedkeuringstoezicht door de Koning).

13. In artikel 5, § 2, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de netbeheerder ook een document publiceert dat alle “praktische modaliteiten” in verband met de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteiten aan de preveilingen omvat. Gevraagd welke modaliteiten (lees: nadere regels) die niet zijn geregeld in de toepasselijke wetten, besluiten en werkingsregels de netbeheerder zal kunnen bepalen, antwoordde de gemachtigde:

“Het doel is om het rechtskader operationeel te maken, bijvoorbeeld met betrekking tot de te ontwikkelen IT-tools of de mededeling van een retroplanning om ervoor te zorgen dat de tool op tijd operationeel is. Het doel was om transparant te zijn over deze elementen, die eigenlijk zeer marginaal zijn.”

In het licht van die zeer beperkte invulling kan de bepaling worden aanvaard.

Artikel 9

14. De gemachtigde bevestigde dat de woorden “de veiling overeenkomstig artikel 7” in artikel 9, 2°, van het ontwerp moeten worden vervangen door de woorden “de veiling overeenkomstig artikel 7, § 2”. Artikel 7, § 1, van het ontwerp betreft immers regels inzake een preveiling.

*

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 pour objet de régler la participation des détenteurs de capacité étrangère indirecte au mécanisme de rémunération de capacité prévu par l'article 7undecies de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité). Le chapitre I^{er} contient des définitions (article 1^{er} du projet). Le chapitre II règle les pré-enchères (articles 2 à 9). Les chapitres III et IV concernent respectivement les accords entre gestionnaires de réseau (article 10) et les accords entre autorités de régulation (article 11).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* (article 12).

3. Le 13 avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a rendu l'avis 69.013/3 sur un projet ayant la même portée ¹. Selon le délégué, le texte soumis aujourd'hui a été adapté à la lumière de cet avis. Toutefois, il contient aussi des éléments nouveaux.

Sauf en cas de modification du contexte juridique, le Conseil d'État, section de législation, ne donne en règle générale pas de nouvel avis sur des dispositions qui ont déjà été examinées précédemment ou qui ont été modifiées à la suite d'observations formulées dans des avis antérieurs. Seuls seront examinés les articles nouveaux, en projet, ou les articles en projet qui vont au-delà de la prise en compte des observations formulées dans des avis antérieurs, et qui, par conséquent, peuvent être considérés comme nouveaux. En ce qui concerne les autres dispositions de l'avant-projet, il est renvoyé à l'avis précité.

RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

4.1 Aux termes de l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité, un détenteur de capacité préqualifié peut décider de ne pas remettre offre lors de la mise aux enchères, à condition de le notifier au gestionnaire du réseau au plus tard le 30 septembre de l'année civile concernée.

L'article 5, § 1^{er}, 4^o, du projet dispose que le détenteur de capacité étrangère indirecte s'engage de manière inconditionnelle à introduire un dossier de préqualification pour un

¹ Avis C.E. 69.013/3 du 13 avril 2021 sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, 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'.

volume équivalent dans le cadre de la mise aux enchères concernée au cas où son offre est sélectionnée à l'issue de la pré-enchère. L'article 7, § 2, du projet prévoit que les offres sélectionnées dans le cadre d'une pré-enchère sont réputées avoir été introduites à l'enchère correspondante à condition que le dossier concerné réponde aux critères de recevabilité et aux critères et modalités de préqualification.

4.2. L'avis de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) du 21 décembre 2023 relève une possible contrariété entre le régime inscrit dans le projet et l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité et souligne l'intention de modifier prochainement cette disposition :

« 17. S'agissant de la possible contrariété à l'article 7undecies, § 10, al. 3, de la loi électricité, relevée précédemment, la CREG a été informée du fait qu'un avant-projet de loi adopté en première lecture vise à modifier cette disposition, de sorte que l'option de ne pas soumettre d'offre lors de la mise aux enchères ne serait plus ouverte aux détenteurs de capacité étrangère indirecte ».

L'article 8, 9°, c), d'un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', sur lequel le Conseil d'État a donné l'avis 75.102/16 le 15 janvier 2024, vise en effet à priver, à l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité, les détenteurs de capacité étrangère indirecte pour lesquels au moins une offre a été sélectionnée lors de la pré-enchère de la possibilité de ne pas soumettre une offre dans le cadre de l'enchère. Ce projet de loi n'a cependant pas encore été déposé à la Chambre des représentants, ni *a fortiori* été adopté en séance plénière.

4.3. À la question de savoir si le régime prévu aux articles 5, § 1^{er}, 4°, et 7, § 2, du projet, qui contraignent, sous certaines conditions, les détenteurs de capacité étrangère indirecte à participer à une enchère, est donc pour l'heure contraire à l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité, le délégué a répondu comme suit :

« Artikel 5, §1, 4° en artikel 7, §2 van het ontwerp besluit beogen niet om capaciteitshouders (binnenlands of buitenlands) te dwingen actief deel te nemen aan de veiling.

Houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zijn niet verplicht om zich te prekwalficeren en kunnen dus kiezen om een bod of geen bod in te dienen in de preveiling.

Binnenlandse capaciteitshouders die voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria zijn daarentegen wettelijk verplicht om zich te prekwalficeren overeenkomstig artikel 7undecies, §8, tweede lid van de Elektriciteitswet en kunnen deze keuze dus pas later in het proces maken, namelijk bij de keuze om een bod in te dienen of niet.

Kortom, alle capaciteiten hebben uiteindelijk slechts één keer de keuze om al dan niet een bod uit te brengen.

Bovendien dient ook opgemerkt te worden dat de CREG als volgt heeft geadviseerd in haar advies (A) 2681 van 26 oktober 2023 (§ 23):

‘[...]’

En outre, la CREG estime que cette condition d'admission, telle qu'elle est formulée, ne limite pas suffisamment les risques de gaming. A minima, un détenteur de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère devrait être tenu, s'il désire remettre une offre dans le cadre de la mise aux

enchères, de remettre une offre identique à celle qui a été sélectionnée lors de la pré-enchère. Afin d'éviter tout risque de gaming, la CREG suggère même d'introduire une obligation pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère de remettre une offre (identique) lors de l'enchère.

[...]

Bovenstaande geeft duiding bij de noodzaak om te voorzien in dergelijke verplichte indiening van een bieding.

Tot slot dient ook opgemerkt te worden dat uit artikel 26, lid 2 en lid 13, van Verordening 2019/943 dat de deelname van buitenlandse capaciteiten aan het CRM van een andere lidstaat in beginsel moet plaatsvinden volgens dezelfde procedures als die welke van toepassing zijn op capaciteiten die op het grondgebied van die staat zijn gevestigd. Gelet op dat binnenlandse capaciteit slechts op één moment de keuze hebben al dan niet een bod in te dienen, rekening houdend met dat zij onderworpen zijn aan een prekwalificatieverplichting lijkt het aangewezen, mede in het licht van het vermijden van gaming, dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit ook slechts op één moment de keuze kunnen maken om een bod in te dienen ».

Cette réponse apporte des précisions quant à l'opportunité du régime envisagé, mais ne réfute pas le fait qu'il est contraire à l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 3, existant, de la loi sur l'électricité. En effet, cette disposition légale permet à un détenteur de capacité préqualifié de ne pas soumettre d'offre dans le cadre de l'enchère². La possibilité d'y déroger, prévue pour les détenteurs préqualifiés de capacité étrangère indirecte, ne peut pas non plus se déduire de l'article 26, paragraphes 2 et 13, du règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'sur le marché intérieur de l'électricité', précité par le délégué³. Ces dispositions garantissent seulement la possibilité pour les capacités étrangères de participer d'une manière efficace et non discriminatoire à des processus de mise en concurrence.

4.4. Le Conseil d'État ne peut procéder de manière concluante à l'examen du fondement juridique des projets d'arrêté qui lui sont soumis pour avis que lorsque ce fondement juridique est suffisamment établi. Tant que la révision envisagée de l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité n'a pas abouti, il n'existe pas de fondement juridique pour les articles 5, § 1^{er}, 4^o, et 7, § 2, du projet. La demande d'avis est dès lors prématurée et donc irrecevable en ce qui concerne ces dispositions. Cela implique qu'elles doivent faire l'objet d'un projet distinct modifiant

² Dans le considérant de l'avis de la CREG du 26 octobre 2023, cité par le délégué, la CREG relève d'ailleurs également ce problème, tout comme dans l'avis du 21 décembre 2023 déjà cité.

³ Ces dispositions, relatives à la participation transfrontalière aux mécanismes de capacité, s'énoncent comme suit :

« 2. Les États membres veillent à ce que les capacités étrangères en mesure de garantir des performances techniques égales à celles des capacités nationales aient la possibilité de participer au même processus de mise en concurrence que les capacités nationales. Dans le cas de mécanismes de capacité existants au 4 juillet 2019, les États membres peuvent autoriser les interconnexions à participer directement au même processus de mise en concurrence en tant que capacités étrangères pendant quatre ans au maximum à compter du 4 juillet 2019 ou deux ans après la date d'approbation des méthodes visées au paragraphe 11, la date la plus proche étant retenue.

Les États membres peuvent exiger que les capacités étrangères soient situées dans un État membre qui dispose d'un raccordement direct au réseau de l'État membre appliquant le mécanisme. [...]

13. Les autorités de régulation veillent à ce que la participation transfrontalière aux mécanismes de capacité soit organisée d'une manière efficace et non discriminatoire. Elles mettent notamment en place des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières ».

l'arrêté envisagé pour lequel une demande d'avis ne pourra être introduite de manière recevable que dès que le projet de loi précité aura été adopté en séance plénière de la Chambre des représentants.

FONDEMENT JURIDIQUE

5. L'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, 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 pré-enchère et, en cas de sélection de leur offre lors de cette pré-enchère, les conditions et modalités auxquelles ces détenteurs sont tenus de participer à la procédure de préqualification ».

En principe, le projet trouve son fondement juridique dans cet article et dans le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec l'article 7undecies, §§ 12 et 15, alinéa 2, de la loi sur l'électricité ⁴.

L'article 11 du projet, relatif aux accords entre autorités de régulation, trouve son fondement juridique dans le pouvoir d'exécution général du Roi, combiné avec l'article 7undecies, § 8, alinéa 5, 2^o, de la loi sur l'électricité.

FORMALITÉS

6. Le projet modifie un régime concernant une aide d'État, de sorte qu'il doit en principe être notifié à la Commission européenne. L'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne requiert en effet que la Commission européenne soit informée, en temps utile, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Interrogé à propos de cette notification, le délégué a répondu ce qui suit :

« De beoogde principes en regeling werd reeds aan de Europese commissie voorgelegd in het kader van haar staatsteunbeslissing van 27.08.2021 (SA.54915)⁵ en van 29 september 2023 (SA.104336)⁶. De wijzigingen aan het ontwerp KB dat reeds aan de RvS werden voorgelegd nopen tot een nieuwe adviesaanvraag bij de RvS maar hebben echter ons inziens geen betrekking op elementen die een invloed hebben op de beoordeling van de Europese Commissie gelet op dat het in het bijzonder verduidelijkingen betreffen of het nader preciseren van bijkomende modaliteiten in het ontwerp KB in plaats van in de werkingsregels zoals beoogd werd in art. 2, §6 van het oud ontwerp KB ».

⁴ Il y aura lieu de veiller à ce que l'exigence imposée par l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o de la loi sur l'électricité selon laquelle les conditions et modalités, en vertu desquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer, sont fixées préalablement à la première année de fourniture de capacité. Le délégué a précisé que cette période débute le 1^{er} novembre 2025.

⁵ Note de bas de page 1 de la réponse du délégué : Zie in het bijzonder sectie 1.10 (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf).

⁶ Note de bas de page 2 de la réponse du délégué : Zie in het bijzonder sectie 2.9 (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202340/SA_104336_B04EFF8A-0000-CDF2-866E-13BF028481FA_65_1.pdf).

Ainsi que le délégué l'indique lui-même, pour déterminer l'existence d'un droit de participation pour un détenteur de capacité étrangère indirecte, il n'est plus prévu une délégation, mais un dispositif fixant ces conditions dans l'arrêté envisagé proprement dit. Ainsi, sont désormais déterminées les catégories de personnes qui entrent éventuellement en considération pour une aide d'État. Sauf si un régime d'exemption peut être invoqué ou si le contenu du dispositif a déjà été notifié précédemment à la Commission (dans le cadre de la mise en œuvre de la délégation prévue à l'époque), il faudra encore accomplir cette formalité et ces dispositions ne pourront être exécutées avant qu'une décision définitive ait été prise à l'issue de cette procédure.

Si l'accomplissement de la formalité susmentionnée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État ⁷, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

7. Compte tenu des observations formulées ci-dessus au sujet du fondement juridique du projet, il y a lieu de compléter le préambule par une référence à l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 5, 2^o, de la loi sur l'électricité.

8. Le préambule sera complété avec les dates de l'avis de l'inspecteur des Finances et de l'analyse d'impact de la réglementation.

Article 4

9. Aux termes de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, dans le cadre de l'instruction visée à l'article 7*undecies*, § 6, l'alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, le ministre donne instruction au gestionnaire du réseau d'organiser les *pré-enchères* et fixe la capacité d'entrée maximale disponible de chaque État membre européen limitrophe. ⁸

L'instruction visée dans cette disposition de la loi sur l'électricité concerne toutefois l'organisation des *mises aux enchères*. Le Conseil d'État comprend que le contenu de l'instruction sur les mises aux enchères dépendra du résultat des *pré-enchères*, si bien qu'il s'agit d'instructions distinctes. Mieux vaut donc, à l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, qui concerne l'instruction pour les *pré-enchères*, ne pas faire référence à l'instruction visée à l'article 7*undecies*, § 6, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité.

⁷ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

⁸ Le membre de phrase « voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit » ne figure pas dans le texte français du projet. Il convient de remédier à cette discordance.

10. Le délégué a confirmé que l'intention est que la capacité d'entrée maximale disponible inférieure à 50 mégawatts, dont il est fait mention à l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, du projet, vise l'État membre européen limitrophe concerné dans son ensemble. Le texte néerlandais sera adapté en conséquence.

11. L'article 4, § 2, du projet fait mention du « prix de référence d'un segment de marché du NEMO opérant dans l'État membre européen limitrophe, désigné par chaque détenteur de capacité étrangère indirecte » et de « l'activité du NEMO choisi ». Invité à en préciser la portée, le délégué a répondu comme suit :

« De NEMO is de door de Capaciteitsleverancier gekozen marktexploitant bij wie de referentieprij wordt waargenomen. Het marktsegment kan de Day – ahead markt of de intradaymarkt zijn. Concreet heeft de indirecte buitenlandse capaciteit de mogelijkheid om zelf aan te geven welke referentieprij van een bepaalde NEMO dient gebruikt te worden in de CRM processen. Belangrijk is dat deze NEMO actief is in de aangrenzende Europese lidstaat.

De beschikbaarheid en terugbetalingsverplichtingen van capaciteitsleveranciers zijn gekoppeld aan marktsignalen.

Aangezien het CRM ontworpen is om zijn impact op de werking van de elektriciteitsmarkten zoveel mogelijk te beperken, moet capaciteit die in het Belgische CRM gecontracteerd is maar zich in een buurland bevindt, blijven reageren op prijssignalen op zijn markt. De bedoeling van dit artikel is aan te geven dat de prijssignalen waarmee rekening wordt gehouden in het kader van de beschikbaarheids- en terugbetalingsverplichtingen niet de prijssignalen op de Belgische markt zullen zijn, maar de prijssignalen op de door de capaciteitshouder gekozen markt, die actief is in de regelzone waarin de buitenlandse capaciteit zich bevindt ».

L'article 2, 40°bis, de la loi sur l'électricité définit la notion de « NEMO » comme étant « un opérateur désigné du marché de l'électricité en application du règlement (UE) 2015/1222 de la Commission du 24 juillet 2015 établissant une ligne directrice relative à l'allocation de la capacité et à la gestion de la congestion ». Dès lors que les auteurs du projet visent une autre portée de la notion de « NEMO », il convient d'insérer une nouvelle définition (d'une autre notion) dans l'article 1^{er}, § 2, du projet. Mieux vaut également prévoir une définition pour la notion de « segment de marché du NEMO ».

Article 5

12. Il découle de l'article 5, § 2, alinéa 1^{er}, du projet que le gestionnaire du réseau peut choisir dans les modèles si une déclaration ou un engagement est requis ou non du détenteur de la capacité étrangère indirecte en vue de démontrer le respect des conditions d'admission. Invité à apporter des éclaircissements, le délégué a déclaré ce qui suit :

« In deze fase heeft de netbeheerder bevestiging nodig van de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit om er zeker van te zijn dat ze de nodige documenten zullen voorleggen tijdens de prekwalificatiefase. Aangezien [we] het slechts over de praktische aspecten hebben zoals bv de modellen, lijkt het te volstaan dat de netbeheerder een gids voor deelname aan het proces publiceert. Zonder dat hiermee wordt beoogd

afbreuk te doen aan de toelatingscriteria vermeld in art. 5, §1 van het ontwerp KB en de werkingsregels waar desgevallend naar verwezen wordt.

Bovendien betreft dit ons inziens eerder een uitoefening van de machtiging aan de Koning vervat in artikel 7undecies, §8, eerste lid, 3° van de Elektriciteitswet de voorwaarden en modaliteiten te bepalen waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de preveilingprocedure, en indien hun bod in de preveiling wordt geselecteerd, de voorwaarden waaronder deze houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit moeten deelnemen aan de prekwalificatieprocedure ».

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à une entreprise privée, comme le gestionnaire du réseau, n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique ⁹.

Dans la mesure où l'article 5, § 2, alinéa 1^{er}, du projet octroie une délégation en vertu de laquelle le gestionnaire du réseau peut déterminer dans un « guide » si une déclaration ou un engagement est requis ou non (ce qui permet en fait au gestionnaire du réseau d'accorder une dispense d'apporter la preuve que certaines conditions d'admission sont remplies), cette délégation a une portée trop importante. Si une telle déclaration ou un tel engagement n'est pas nécessaire dans certains cas, le Roi (ou la CREG) ¹⁰ doit le déterminer lui-même ou du moins fixer les critères de cette dispense. Si une déclaration ou un engagement est toujours requis, la délégation peut être admise, mais il convient de préciser à l'article 5, § 2, alinéa 1^{er}, du projet que le gestionnaire du réseau peut uniquement en préciser les modalités.

13. L'article 5, § 2, alinéa 2, du projet dispose que le gestionnaire du réseau publie également un document décrivant toutes les « modalités pratiques » liées à la participation des

⁹ Comparez avec les critères d'évaluation qu'utilise la Cour constitutionnelle pour apprécier les délégations de pouvoir réglementaire par le législateur à une autorité administrative autonome ou à un organisme public décentralisé ; voir C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4 et C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 : « Les articles 33, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes » ; voir C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.8.4 : « L'article 33 de la Constitution et l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne s'opposent pas à ce que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel ». Voir aussi C.C., 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2 : « Une délégation à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».

¹⁰ En vertu de l'habilitation prévue à l'article 7undecies, § 12, de la loi sur l'électricité (avec tutelle d'approbation exercée par le Roi).

capacités étrangères indirectes aux pré-enchères. À la question de savoir quelles modalités n'ayant pas été réglées dans les lois, arrêtés et règles de fonctionnement applicables pourront être déterminées par le gestionnaire de réseau, le délégué a répondu comme suit :

« Het doel is om het rechtskader operationeel te maken, bijvoorbeeld met betrekking tot de te ontwikkelen IT-tools of de mededeling van een retroplanning om ervoor te zorgen dat de tool op tijd operationeel is. Het doel was om transparant te zijn over deze elementen, die eigenlijk zeer marginaal zijn ».

Compte tenu de cette portée très restreinte, la disposition peut être admise.

Article 9

14. Le délégué a confirmé que les mots « la mise aux enchères conformément l'article 7 », à l'article 9, 2°, du projet, doivent être remplacés par les mots « la mise aux enchères conformément à l'article 7, § 2 ». L'article 7, § 1^{er}, du projet concerne en effet des règles relatives à une pré-enchère.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Pierre LEFRANC