



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 76.330/16
van 29 mei 2024

avis 76.330/16
du 29 mai 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
'tot wijziging van het koninklijk
besluit van 4 juni 2021 tot
vaststelling van de
investeringsdrempels, de criteria
voor het in aanmerking komen van
investeringskosten, en de procedure
van klassering van de capaciteiten
in het kader van het
capaciteitsvergoedingsmechanisme'

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
4 juin 2021 fixant les seuils
d'investissements, les critères
d'éligibilité des coûts
d'investissement et la procédure
de classement des capacités dans
le cadre du mécanisme de
rémunération de capacité'

Op 29 april 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 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering van de capaciteiten in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 21 mei 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wvd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Eline YOSHIMI, griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Sander MEERT, adjunct-auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 mei 2024.

*

Le 29 avril 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 ‘modifiant l'arrêté royal du 4 juin 2021 fixant les seuils d'investissements, les critères d'éligibilité des coûts d'investissement et la procédure de classement des capacités dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 21 mai 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Eline YOSHIMI, greffier.

Les rapports ont été présentés par Sander MEERT, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 29 mai 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.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de adviesaanvrager op het feit dat de ontbinding van de Wetgevende Kamers tot gevolg heeft dat de regering sedert die datum en totdat, na de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers, een nieuwe regering is benoemd door de Koning, niet meer over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit brengt diverse wijzigingen aan in het koninklijk besluit van 4 juni 2021 ‘tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering van de capaciteiten in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp voegt in artikel 1 van dat koninklijk besluit een definitie van het begrip “nieuwe capaciteit” in (artikel 1 van het ontwerp) en wijzigt voorts de bestaande regeling betreffende het klasseren van een capaciteit in een capaciteitscategorie, in die zin dat deze regeling wordt beperkt tot nieuwe capaciteit (artikelen 2 tot 9, 11 tot 13 en 15). Verder beoogt het ontwerp een regeling in te voeren betreffende het klasseren van een bestaande capaciteit in een capaciteitscategorie (artikelen 16 tot 20).

Het ontwerp voorziet voorts in een taalkundige correctie (artikel 10) en in de opheffing van een bepaling inzake de bewaartermijn van verwerkte persoonsgegevens (artikel 14).

Artikel 21 regelt tot slot de inwerkingtreding.

RECHTSGROND

4.1. Voor het ontwerp wordt rechtsgrond gezocht in artikel 7*undecies*, § 9, vierde lid, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet).

Artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet werd recent gewijzigd door twee wetten. Het betreft ten eerste de wet van 26 april 2024 ‘tot wijziging van artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’. Krachtens artikel 3 van de wet van 26 april 2024 treedt deze in werking op 1 juni 2024.

Ten tweede betreft het de wet van 7 mei 2024 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’. Krachtens artikel 11 van de wet van 7 mei 2024 treedt deze in werking op 31 mei 2024, met dien verstande dat de Koning voor iedere bepaling ervan een datum van inwerkingtreding kan bepalen voorafgaand aan die datum.

4.2. Het onderzoek van de rechtsgrond is gebeurd met inachtneming van de in de wet van 26 april 2024 en de wet van 7 mei 2024 opgenomen wijzigingen van artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet. De Raad van State, afdeling Wetgeving, gaat er daarbij van uit dat het koninklijk besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, niet in het Belgisch Staatsblad zal worden bekendgemaakt voordat voormelde wetten in werking zullen zijn getreden.

5.1. Voor de ontworpen regeling kan in de eerste plaats rechtsgrond worden gevonden in artikel 7*undecies*, § 9, vierde lid, van de Elektriciteitswet. Het voormelde artikel 7*undecies*, § 9, zal na de inwerkingtreding van de wet van 7 mei 2024 als volgt luiden (de nieuw ingevoegde tekst wordt onderlijnd weergegeven en de opgeheven tekst wordt doorstreept weergegeven):

“§ 9. Gelijktijdig met de indiening van het prekwalificatiedossier, waarin wordt aangetoond in welke mate voldaan is aan de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in paragraaf 8 en de prekwalicatiecriteria bedoeld in paragraaf 12, derde lid ~~tweede lid~~, 2°, dient de capaciteitshouder die een capaciteitscontract wenst te verkrijgen voor meer dan één periode van capaciteitslevering, een ten opzichte van de criteria bepaald krachtens het vierde lid gemotiveerd en gedetailleerd investeringsdossier in bij de commissie.

Na onderzoek van het investeringsdossier, bepaalt de commissie de klassering van de capaciteit in een capaciteitscategorie.

De commissie deelt haar beslissing aan de capaciteitshouder en aan de netbeheerder mee uiterlijk vijftien dagen voor de uiterste indieningsdatum van de biedingen in het kader van de veiling bedoeld in paragraaf 10. De commissie kan haar beslissing over het investeringsdossier motiveren op basis van de afwijzing van het prekwalificatiedossier door de netbeheerder. De netbeheerder verstrekt de commissie alle nodige informatie in dit verband met de nodige zorgvuldigheid.

Op voorstel van de commissie, opgesteld na openbare raadpleging en na advies van de netbeheerder, legt de Koning de criteria vast voor het in aanmerking komen van de investeringskosten, die toelaten om elke capaciteit in een capaciteitscategorie te klasseren, de investeringsdrempels die deze categorieën onderscheiden, de procedure van klassering, alsook na de klassering, de nadere regels voor de controle op het behoud van de capaciteit in de capaciteitscategorie waarin zij is geklasseerd en de gevolgen van het niet naleven van de voorwaarden tot klassering voor het capaciteitscontract alsook de procedure van klassering."

Voorts kan een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, § 9, van de Elektriciteitswet.¹

5.2. Artikel 14 van het ontwerp strekt tot opheffing van artikel 18 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021. Krachtens deze bepaling worden de gegevens die de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) verwerft en verwerkt ingevolge de toepassing van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, niet langer bewaard dan de administratieve verjaringstermijn bedoeld in artikel 31/3 van de Elektriciteitswet.

Artikel 2 van de wet van 26 april 2024 voorziet in de invoeging in artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet van een paragraaf 21, waarin de verwerking van persoonsgegevens door de CREG wordt geregeld. In het zesde lid van deze paragraaf 21 is bepaald dat de verwerking en bewaring van persoonsgegevens is beperkt tot de periode die nodig is om het doel te bereiken waarvoor de gegevens worden verwerkt, en dat deze periode niet langer mag zijn dan tien jaar na het einde van de laatste periode van capaciteitslevering.

Voor artikel 14 van het ontwerp kan derhalve een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning krachtens artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 7*undecies*, § 21, zesde lid, van de Elektriciteitswet.

6.1. Artikel 19 van het ontwerp strekt tot invoeging in het koninklijk besluit van 4 juni 2021 van een artikel 19/11, waarvan het eerste en het tweede lid luiden als volgt:

"Na de selectie van een bieding voor bestaande capaciteit die is ingedeeld in de categorie van capaciteit die gepaard gaat met een capaciteitscontract dat maximaal acht capaciteitsleveringsperioden bestrijkt, en de sluiting van het capaciteitscontract voor deze transactie, is het de taak van de commissie om na te gaan of de geplande kapitaaluitgaven daadwerkelijk zijn verricht en de in artikel 19/4 bedoelde drempel hebben bereikt of overschreden.

In het kader van de taak bedoeld in het eerste lid maakt de commissie gebruik van de bevoegdheden die haar zijn toegekend bij artikel 26, § 1ter, van de wet van 29 april 1999."

¹ Vergelijk. adv.RvS 69.021/3 van 13 april 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 4 juni 2021 'tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering van de capaciteiten in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme', opmerking 4.1.

Aldus strekt artikel 19 van het ontwerp ertoe om aan de CREG de in artikel 26, § 1^{ter}, van de Elektriciteitswet bedoelde onderzoeksbevoegdheden toe te kennen in het kader van de *ex post*-controle op de klassering van een bestaande capaciteit in een capaciteitscategorie die heeft geleid tot de sluiting van een capaciteitscontract dat maximaal acht capaciteitsleveringsperioden bestrijkt.

Artikel 26, § 1^{ter}, van de Elektriciteitswet luidt als volgt:

“In het kader van de artikelen 3, 4 en 5 van de Verordening (EU) nr. 1227/2011, en van artikel 7^{undecies}, § 13, desgevallend van artikel 7^{duodecies}, artikel 22^{ter} en artikel 22^{quater} van deze wet, beschikt de commissie over de bevoegdheid om binnen een redelijke termijn informatie op te vragen aan alle betrokken natuurlijke of rechtspersonen, de bevoegdheid om een bezoek ter plaatse te brengen, waarbij zij alle informatie en documenten kan raadplegen die nodig zijn voor de uitvoering van de taken die haar op grond van bovengenoemde bepalingen zijn toevertrouwd, en deze in voorkomend geval kan kopiëren, alsook over de bevoegdheid hen op te roepen en te horen, op voorwaarde dat zij haar verzoek motiveert en dat dit verzoek aansluit op het kader en het doel van haar onderzoek.

De natuurlijke en rechtspersonen die overeenkomstig het eerste lid worden opgeroepen en gehoord, worden op hun verzoek bijgestaan door een raadsman.”

De in artikel 26, § 1^{ter}, van de Elektriciteitswet bepaalde bevoegdheden van de CREG zijn luidens die bepaling beperkt tot de toepassing van de artikelen 3, 4 en 5 van verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 ‘betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie’ (in essentie het verbod op handel met voorwetenschap, de verplichte openbaarmaking van voorwetenschap en het verbod op marktmanipulatie), en van de artikelen 7^{undecies}, § 13, 7^{duodecies}, 22^{ter} en 22^{quater} van deze wet.

Krachtens artikel 7^{undecies}, § 13, eerste lid, van de Elektriciteitswet wordt, met uitzondering van het toezicht op de naleving van de verplichtingen bedoeld in paragraaf 14, het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in afdeling 2 (lees: het enige artikel 7^{undecies} van de Elektriciteitswet), en in voorkomend geval bedoeld in afdeling 3 (lees: het enige artikel 7^{duodecies} van de Elektriciteitswet) toevertrouwd aan de CREG, die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij de Elektriciteitswet zijn toegekend. De CREG wordt daarbij bevoegd gemaakt om na te gaan “of de prekwificatieprocedures, de veilingen, desgevallend de preveilingen voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken”.

6.2. De vraag rijst of uit artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet kan worden afgeleid dat de CREG bevoegd kan worden gemaakt om gebruik te maken van de in artikel 26, § 1ter, van de Elektriciteitswet bedoelde onderzoeksbevoegdheden om met betrekking tot een capaciteitscontract dat maximaal acht capaciteitsleveringsperioden bestrijkt, na te gaan of de geplande kapitaaluitgaven daadwerkelijk zijn verricht en de in het ontworpen artikel 19/4 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 bedoelde investeringsdrempel hebben bereikt of overschreden. Hiernaar bevraagd, verschaft de gemachtigde de volgende toelichting:

“Artikel 26, §1ter van de Elektriciteitswet verwijst expliciet naar artikel 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet die de algemene controlebevoegdheid van de CREG bevat aangaande het CRM. De controle bedoeld in het ontworpen artikel 19/11, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 maakt onmiskenbaar een onderdeel uit van deze controlebevoegdheid. Indien aangeraden kunnen enkele verduidelijkingen aan de aanhef of de tekst voorgesteld worden. Hieronder wordt dit verder toegelicht.

Artikel 26, §1ter van de Elektriciteitswet stelt het volgende (eigen nadruk):

‘§ 1ter. In het kader van de artikelen 3, 4 en 5 van de Verordening (EU) nr. 1227/2011, en van artikel 7undecies, § 13, desgevallend van artikel 7duodecies, artikel 22ter en artikel 22quater van deze wet, beschikt de commissie over de bevoegdheid om binnen een redelijke termijn informatie op te vragen aan alle betrokken natuurlijke of rechtspersonen, de bevoegdheid om een bezoek ter plaatse te brengen, waarbij zij alle informatie en documenten kan raadplegen die nodig zijn voor de uitvoering van de taken die haar op grond van bovengenoemde bepalingen zijn toevertrouwd, en deze in voorkomend geval kan kopiëren, alsook over de bevoegdheid hen op te roepen en te horen, op voorwaarde dat zij haar verzoek motiveert en dat dit verzoek aansluit op het kader en het doel van haar onderzoek.

De natuurlijke en rechtspersonen die overeenkomstig het eerste lid worden opgeroepen en gehoord, worden op hun verzoek bijgestaan door een raadsman.’

De MvT bij de wet van 15 maart 2021 (Parl.St. 55.1779/001, p. 31-32) stelt het volgende:

‘Art. 10 Middels deze bepaling kunnen de controlebevoegdheden van de CREG vervat in artikel 26, § 1ter, van de elektriciteitswet, worden aangewend in functie van de controleopdracht bedoeld in artikel 7undecies, § 13, en worden voornoemde bevoegdheden uitgebreid tot de bevoegdheid om een bezoek ter plaatse te brengen, waarbij zij alle informatie en documenten kan raadplegen die nodig zijn voor de uitvoering van de taken die haar op grond van bovengenoemde bepalingen zijn toevertrouwd, en deze in voorkomend geval kan kopiëren.’

Art. 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet betreft de algemene controlebevoegdheid van de CREG in het kader van het CRM. Zie art. 7undecies, §13, eerste lid van de Elektriciteitswet, luidende als volgt:

‘Met uitzondering van het toezicht op de naleving van de verplichtingen bedoeld in paragraaf 14, wordt het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling, en in voorkomend geval bedoeld in afdeling 3, toevertrouwd aan de commissie, die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij deze wet zijn toegekend. In dit verband gaat de commissie met name na of de prekwalificatieprocedures, de veilingen, desgevallend de preveilingen voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken. Onverminderd de

leden 2 tot en met 5, kan de Koning, na advies van de commissie, de nadere regels van deze controle bepalen, in het bijzonder de nadere regels die de commissie in staat stellen een persoon aan te wijzen die in zijn naam en voor zijn rekening taken op het gebied van toezicht en rapportering uitvoert.'

Indien het volgens uw hoge Raad meer aangewezen is kan voorgesteld worden in de aanhef te verduidelijken dat bijkomend rechtsgrond gevonden moet worden in artikel 108 van de Grondwet en artikel 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet of indien het volgens uw hoge Raad meer aangewezen is het ontworpen artikel 19/11, tweede lid van het Koninklijk besluit van 4 juni 2021 te wijzigen teneinde te verduidelijken dat deze controle ook verband houdt met de bevoegdheid van de CREG overeenkomstig artikel 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet kan volgende wijziging voorgesteld worden:

'In het kader van de taak bedoeld in het eerste lid maakt de commissie gebruik van de bevoegdheden die haar zijn toegekend bij artikel 7undecies, §13 en artikel 26, § 1ter, van de wet van 29 april 1999.'

Bovendien dient opgemerkt te worden dat het verstrekken van foutieve gegevens of een wijziging in de doorslaggevende elementen die hebben geresulteerd in de toekenning van een multi-jaarcapaciteitscontract en het foutief behouden hiervan een marktverstoring effect heeft. In het kader hiervan dient ook verwezen te worden naar de toelichting hieromtrent in het kader van het wetsontwerp Parl.St. 55.3884/001 zoals op 18.04.2024 aangenomen door de plenaire vergadering van de Kamer waarin het volgende wordt gesteld (eigen nadruk):

'Zo dient opgemerkt te worden dat de beslissingen inzake het toekennen van een individuele uitzondering op de toepassing van de intermediaire prijslimiet en de klassering in capaciteitscategorieën worden genomen op basis van verklaringen van de aanvrager voorafgaand aan de deelname aan de veiling, die zich op zijn beurt baseert op prognoses. De indeling in een capaciteitscategorie gebeurt bijvoorbeeld op basis van ramingen die, om redenen die verband houden met de regelgeving inzake staatssteun, nog niet kunnen zijn ondertekend. Het doel van ex post controle is ervoor te zorgen dat de verkregen subsidie alleen het noodzakelijke dekt. Dit type controle is dus essentieel om te voldoen aan het criterium van evenredigheid van de steun, in overeenstemming met de Mededeling van de Europese Commissie "Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022" met referentie (2022/C 80/01).

[...]

In overeenstemming met het arrest 232.089 van de Raad van State van 28 augustus 2015 wordt beoogd te voorzien in een uitdrukkelijk wetsbepaling die toelaat te voorzien in de intrekking van een individuele uitzondering op de toepassing van de intermediaire prijslimiet en de klassering in capaciteitscategorieën, mede gelet op dat indien deze zouden zijn uitgelokt door foutieve informatie, deze als marktmanipulatie in de zin van artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet gekwalificeerd zouden kunnen worden.

[...]'”

6.3. In advies 73.576/3 van 2 juni 2023 heeft de afdeling Wetgeving reeds de mogelijkheid onderzocht om te steunen op de vermelding van artikel 7undecies, § 13, in artikel 26, § 1ter, van de Elektriciteitswet, en dit voor wat betreft de onderzoeksbevoegdheden van de CREG in het kader van het intrekken van een derogatie van de intermediaire prijslimiet in het kader van

het capaciteitsvergoedingsmechanisme. De afdeling Wetgeving overwoog hierin onder meer het volgende:

“De stellers van het ontwerp beogen voorts dat de CREG voor de controle die aanleiding kan geven tot de intrekking van de derogatie, gebruik kan maken van de onderzoeksbevoegdheden vermeld in artikel 26, § 1ter, van de Elektriciteitswet. Die onderzoeksbevoegdheden zijn naar luid van die wetsbepaling evenwel beperkt tot de toepassing van de artikelen 3, 4 en 5 van verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 ‘betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie’ (in essentie het verbod op handel met voorwetenschap, de verplichte openbaarmaking van voorwetenschap en het verbod op marktmanipulatie) en van de artikelen 7undecies, § 13, 7duodecies, 22ter en 22quater van de Elektriciteitswet. Artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet maakt op zijn beurt melding van “het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme” en maakt de CREG met name bevoegd om na te gaan “of de prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken”. Uit die wetsbepaling kan evenwel niet worden afgeleid dat de CREG bevoegd kan worden gemaakt om, zoals uit de ontworpen bepaling blijkt, “de relevantie te controleren van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt” met het oog op de intrekking van die derogatie.”²

Artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet is sinds voormeld advies 73.576/3 weliswaar gewijzigd, maar niet voor wat betreft de controle op derogaties.³ Artikel 26, § 1ter, van de Elektriciteitswet is ongewijzigd gebleven. In advies 76.225/16 besloot de Raad van State bijgevolg dat het rechtsgrondprobleem nog steeds niet is opgelost, ondanks de wet van 7 mei 2024.⁴

² Adv.RvS 73.576/3 van 2 juni 2023 over een ontwerp van koninklijk besluit dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 4 juli 2023 ‘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’, opmerking 4.

³ De volgende wijzigingen werden aangebracht in artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet door artikel 4, 3°, van de wet van 21 mei 2023 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’:

- de invoeging van de zinsnede dat de controle de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme “bedoeld in deze afdeling, en in voorkomend geval bedoeld in afdeling 3” betreft. Deze invoeging kadert louter in een uitbreiding van de bestaande regeling naar die van de gerichte veiling (“Tot slot wordt beoogd paragraaf 13 te wijzigen teneinde de CREG te machtigen om voor de gerichte veiling een identieke controle te verrichten als deze voorzien voor het CRM.” - *Parl.St.* Kamer 2022-23, 55-3238/001, 16);
- de invoeging van de zinsnede “desgevallend de preveilingen voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit”.

Bij de wet van 7 mei 2024 wordt een nieuw laatste lid ingevoegd, dat luidt als volgt:

“Indien de commissie vaststelt dat een transactie in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, met inbegrip van een transactie op de secundaire markt, onregelmatig is, het gevolg is van, marktmanipulatie, concurrentieverstorend gedrag of een oneerlijke handelspraktijk, dan kan de commissie, op voorwaarde dat de betrokken personen werden gehoord of naar behoren werden opgeroepen in aanwezigheid van hun raadsman, voornoemde transactie en het betreffende capaciteitscontract nietig verklaren zodoende dat voornoemde transactie geacht wordt zich nooit te hebben voltrokken en alle gevolgen ervan geacht worden ongedaan te zijn gemaakt. De beslissing van de commissie om de transactie nietig te verklaren wordt meegedeeld aan de capaciteitsleverancier en de netbeheerder.”

⁴ Adv.RvS 76.225/16 van 21 mei 2024 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,

Die wet had nochtans tot doel om voor zowel voor de derogaties, die aan de orde waren in de adviezen 73.576/3 en 76.225/16, als voor de klassering in capaciteitscategorieën die aan de orde is in het ontwerp in een betere rechtsgrond te voorzien. In de memorie van toelichting bij deze wet wordt in dit verband het volgende uiteengezet:⁵

“In navolging van randnummer 4 van het advies 73.576/3 van 2 juni 2023 van de Raad van State wordt beoogd te voorzien in een uitdrukkelijke wettelijke rechtsgrond om te bepalen dat de CREG ex post controles kan uitvoeren met betrekking tot de toegekende individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet alsook met betrekking tot de klassering in capaciteitscategorieën.

Hiertoe wordt respectievelijk beoogd artikel 7undecies, § 2, derde lid en artikel 7undecies, § 9, vierde lid, van de Elektriciteitswet te wijzigen.”

6.4. Daaruit blijkt dat het de bedoeling was om de onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot de derogaties en de klassering in capaciteitscategorieën op dezelfde manier te regelen. Nu de Raad van State in advies 76.225/16 heeft vastgesteld dat er nog steeds een bezwaar is tegen de toepassing van de in artikel 26, § 1^{ter}, van de Elektriciteitswet bedoelde onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot de derogaties, moet analoog worden vastgesteld dat ook na de wet van 7 mei 2024 uit artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet niet kan worden afgeleid dat de CREG bevoegd kan worden gemaakt om de in artikel 26, § 1^{ter}, van de Elektriciteitswet bedoelde onderzoeksbevoegdheden aan te wenden om na te gaan of de geplande kapitaaluitgaven daadwerkelijk zijn verricht en de in het ontworpen artikel 19/4 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 bedoelde drempel hebben bereikt of overschreden.

Bovendien dient te worden opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip “woning” in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (hierna: EVRM) ruim moet worden opgevat en dat het onder bepaalde omstandigheden mede kan slaan op beroeps- en bedrijfslokalen⁶, zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen.⁷ Een uitbreiding van de mogelijkheden van de CREG om een bezoek ter plaatse te brengen en daarbij alle informatie en documenten te kunnen raadplegen kan dan ook niet zonder een afdoende wettelijke basis worden geregeld.⁸

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’, opmerking 3.3.

⁵ Zie *Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 55-3884/001, 14.

⁶ EHRM 16 december 1992, *Niemietz v. Duitsland*, *Publ.Cour*, reeks A, vol. 251-B; EHRM 25 februari 1993, *Funke, Crémieux en Mialhe v. Frankrijk*, *Publ.Cour*, reeks A, vol. 256-A, -B en -C; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem v. België*; EHRM 28 april 2005, *Buck v. Duitsland*, CEDH, 2005-IV, § 32; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. v. Noorwegen*, § 104. Zie ook D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *Rev.Trim.Dr.H.* 1994, 117-135; S. DE RAEDT, “De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest *Bernh Larsen* genuanceerd”, *TFR* 2014, afl. 453-454, 47-75; T. JANSEN, “Kijken mag, aankomen ook”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 36, 1-6.

⁷ EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a. v. Frankrijk*; EHRM 11 oktober 2005, *Kent Pharmaceuticals Limites e.a. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 21 december 2010, *Société Canal Plus e.a. v. Frankrijk*; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. v. Noorwegen*, § 104.

⁸ Vgl. adv.RvS 52.323/3 van 20 november 2012 over een ontwerp van koninklijk besluit dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 17 juli 2013 ‘tot uitvoering van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 7 november 2011

Uit het voorgaande volgt dat voor het ontworpen artikel 19/11, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 geen afdoende rechtsgrond bestaat en deze ontworpen bepaling moet worden weggelaten uit het ontwerp.

VORMVEREISTEN

7. 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.

Gevraagd of het ontwerp al werd aangemeld, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De Commissie is in kennis gesteld van ons voornemen om enkele wijzigingen/verbeteringen aan de CRM aan te brengen. Na overleg tussen ons en de Commissie hebben zij ons laten weten dat een officieel kennisgevingsdossier nodig is. Als gevolg daarvan is een pre-notificatieprocedure opgestart, met nummer SA.114003. Een vervolgmeeting is gepland op 29 mei 2024. De Commissie is zich bewust van de nood van een aantal van de verbeteringen voor de veiling die plaatsvindt in september 2024.”

Ook uit de tekst van het ontwerp blijkt dat de stellers van het ontwerp zich bewust zijn van de verplichting tot aanmelding, gelet op de formulering van artikel 21, dat inhoudt dat het te nemen besluit, met uitzondering van de artikelen 10 en 14, pas in werking treedt na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van een bericht waaruit blijkt dat de Europese Commissie de ontworpen regeling verenigbaar heeft verklaard met de staatssteunregels of dat de termijnen voor het onderzoek door de Europese Commissie zijn verstreken. Zoals hierna wordt uiteengezet in opmerking 0, moet evenwel rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de beslissing van de Europese Commissie aanleiding geeft tot een aanpassing van het te nemen besluit.⁹

8.1. Het ontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen. In het ontworpen artikel 19/5 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 worden de elementen bepaald die het investeringsdossier minstens bevat, waaronder een aantal persoonsgegevens. Artikel 14 van het ontwerp heft artikel 18 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 op, waarin de bewaartermijn van verwerkte persoonsgegevens wordt geregeld.

houdende wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken’, opmerking 3.6.

⁹ Vergelijk adv.RvS 73.304/3 van 28 april 2023 over een voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 20 juli 2023 tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met betrekking tot de kabeltoeslag’, opmerking 3.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit zoals bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

8.2. Aan de gemachtigde werd de vraag gesteld of aan de Gegevensbeschermingsautoriteit advies werd gevraagd over het ontwerp, waarop deze antwoordde als volgt:

“Gelet op dat het ontworpen artikel 19/5 van het KB een spiegeling is van artikel 7 van het KB van 4 juni 2021 kan verwezen worden naar het advies nr. 67/2021 van de Gegevensbeschermingsautoriteit, gegeven op 20 mei 2021. Bovendien dient opgemerkt te worden dat ook verwezen kan worden naar artikel 7undecies, §21 van de Elektriciteitswet zoals voorzien middels het wetsontwerp Parl. St. 55.3885/001 zoals op 18.04.2024 aangenomen door de plenaire vergadering van de Kamer. In het kader hiervan kan ook verwezen worden naar het ontvangen advies van de GBA met betrekking tot voornoemde wetsontwerp. Het opheffen van artikel 18 van het KB van 4 juni 2021 volgt louter uit dat de bewaartermijn voortaan geregeld zal zijn in art. 7undecies, §21, zesde lid van de Elektriciteitswet zoals voorzien middels het wetsontwerp Parl. St. 55.3885/001 zoals op 18.04.2024 aangenomen door de plenaire vergadering van de Kamer.”

8.3. De opheffing van artikel 18 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 bij artikel 14 van het ontwerp vloeit voort uit en is het noodzakelijke gevolg van artikel 7undecies, § 21, zesde lid, van de Elektriciteitswet, zoals ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 26 april 2024. Artikel 14 van het ontwerp stelt derhalve geen nieuwe regels vast inzake de verwerking van persoonsgegevens, zodat er kan worden aangenomen dat er voor die bepaling geen advies dient te worden gevraagd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Voor wat betreft de verwerking van persoonsgegevens waarin het ontworpen artikel 19/5 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 voorziet, kan de gemachtigde echter niet worden bijgetreden in zijn verwijzing naar het advies nr. 67/2021 van de Gegevensbeschermingsautoriteit. Dat advies heeft immers betrekking op een andere tekst dan het ontwerp en dateert bovendien reeds van 21 mei 2021.

Uit het voorgaande volgt dat over het ontwerp alsnog advies dient te worden gevraagd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit.

9. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde vormvoorschriften nog wijzigingen zou ondergaan,¹⁰ 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, alsnog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

10.1. Hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, zoals gewijzigd door de artikelen 2 tot 15 van het ontwerp, regelt het klasseren van een nieuwe capaciteit in een capaciteitscategorie. Hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, zoals ingevoegd door de artikelen 16 tot 19 van het ontwerp, regelt dan weer het klasseren van een bestaande capaciteit in een capaciteitscategorie.

In het ontworpen artikel 1, § 2, 12°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 wordt “nieuwe capaciteit” omschreven als “elke al dan niet bestaande capaciteit die extra capaciteit aan het elektriciteitsnet aanbiedt overeenkomstig de voorwaarden van artikel 3”. Hieruit blijkt dat “nieuwe capaciteit” ook “bestaande capaciteit” kan zijn, welk begrip in artikel 1, § 2, 5°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 wordt omschreven als “capaciteit die op het ogenblik van de indiening van het prekwalificatiedossier reeds in staat was om elektriciteit te injecteren of de afname ervan op de markt of na de meter te beperken”.

Aan de gemachtigde werd gevraagd hoe voormeld hoofdstuk II en hoofdstuk III zich tot elkaar verhouden voor wat betreft de toepassing op “bestaande capaciteit”, en of het ontwerp tot gevolg kan hebben dat “bestaande capaciteit” tegelijkertijd onder het toepassingsgebied valt van beide hoofdstukken. Hierop verklaarde de gemachtigde als volgt:

“De hoofdstukken II en III kunnen beide worden toegepast op bestaande capaciteit, maar voor verschillende investeringen.

Hoofdstuk II is van toepassing wanneer de investering voldoet aan de voorwaarden van artikel 3, met name “het aanbieden van aanvullende capaciteit op de Belgische markt”. In het geval van bestaande capaciteit wordt dit criterium gespecificeerd in artikel 3, §2 van het KB van 4 juni 2021.

Hoofdstuk III is van toepassing wanneer de investering niet tot gevolg heeft dat “aanvullende capaciteit”/ “extra capaciteit” wordt aangeboden op de Belgische markt.

In geval van onzekerheid over de vraag of de investering zal worden beschouwd als het aanbieden van “aanvullende capaciteit”/ “extra capaciteit” aan de markt, zal de capaciteitshouder de mogelijkheid hebben om twee investeringsdossiers in te dienen, het ene op basis van hoofdstuk II en het andere op basis van hoofdstuk III van het Koninklijk Besluit.

Uit de algemene structuur van het KB volgt echter dat één enkele investering slechts in één capaciteitscategorie zal worden ingedeeld, hetzij op basis van hoofdstuk II, hetzij op basis van hoofdstuk III.

¹⁰ 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.

Het principe is dus dat, als de investering bedoeld is om extra MW aan de markt aan te bieden, hoofdstuk II van toepassing is; als het daarentegen om (groot) onderhoud gaat, is hoofdstuk III eerder van toepassing. Het is echter mogelijk dat de capaciteitshouder het vermogen van de capaciteit tijdens groot onderhoud wil verhogen. In dat geval zouden de twee hoofdstukken kunnen worden aangesproken, maar zouden de in aanmerking komende kosten elkaar niet overlappen: de capaciteitshouder zou een investeringsdossier "Hoofdstuk II" kunnen indienen voor de kosten die verband houden met de vermogensverhoging, en een ander investeringsdossier "Hoofdstuk III" voor de kosten die verband houden met het onderhoud. In een dergelijk geval zal de CREG, wetende dat de capaciteitseenheid slechts in één capaciteitscategorie kan worden ingedeeld, de meest voordelige keuze maken voor de capaciteitshouder - d.w.z. in principe, als de beoogde drempel wordt bereikt, de toepassing van Hoofdstuk II, dat potentieel een contract van maximaal 15 jaar biedt en de mogelijkheid inhoudt om een bod in te dienen dat hoger is dan de IPC.

Hoofdstuk II blijft in principe het kader zoals op heden voorzien. Hoofdstuk III voorziet dan weer in de mogelijkheid voor bestaande capaciteit om toch in een capaciteitscategorie ingedeeld te worden die recht geeft op een multi-jaar capaciteitscontract zonder dat het betrekking dient te hebben op "aanvullende capaciteit"/ "extra capaciteit". Hoofdstuk III heeft als het ware betrekking op bestaande capaciteit sensu strictu en Hoofdstuk II heeft betrekking op alle nieuwe capaciteit, ook op nieuwe capaciteit die ontwikkeld wordt als aanvulling op bestaande capaciteit."

Tevens werd de gemachtigde bevraagd over de draagwijdte van de zinsnede "overeenkomstig de voorwaarden van artikel 3" in het ontworpen artikel 1, § 2, 12°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, waarop deze antwoordde als volgt:

"Gelet op dat in het Nederlands in artikel 3, §1 en §2 van het KB van 4 juni 2021 respectievelijk de term "extra capaciteit" en de term "aanvullende capaciteit" wordt gebruikt, lijkt in het licht van de voorgaande antwoorden eventueel duidelijker indien volgende wijziging van de Nederlandse tekst van artikel 3, §2 van het KB van 4 juni 2021 wordt voorgesteld:

‘§ 2. Voor de bestaande capaciteiten zijn de uitgaven die tot gevolg hebben dat er ~~aanvullende~~ **extra** capaciteit wordt aangeboden, de volgende:

[...]"

10.2. Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt dat de stellers van het ontwerp beogen dat hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 van toepassing is wanneer een investering strekt tot het aanbieden van aanvullende (of "extra"¹¹) capaciteit op de Belgische markt, en dat daarentegen hoofdstuk III van hetzelfde koninklijk besluit van toepassing is wanneer een investering niet tot gevolg heeft dat aanvullende capaciteit wordt aangeboden op de Belgische markt.

¹¹ Indien ervoor zou worden geopteerd om de term "extra" capaciteit te hanteren, moet er over worden gewaakt dat die term uniform wordt gebruikt.

De omschrijving van het begrip “nieuwe capaciteit” in het ontworpen artikel 1, § 2, 12°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 dient in het licht hiervan te worden aangepast, aangezien de vermelding hierin van de zinssnede “overeenkomstig de voorwaarden van artikel 3” leidt tot onduidelijkheid over het beoogde toepassingsgebied van voormelde hoofdstukken. Het is immers onduidelijk welke de voorwaarden zijn van artikel 3 waaraan moet zijn voldaan opdat capaciteit kwalificeert als “nieuwe capaciteit”.

Voor wat betreft “nieuwe capaciteit” die niet kwalificeert als “bestaande capaciteit”, beogen de stellers van het ontwerp klaarblijkelijk niet om enige bijkomende voorwaarde op te leggen naast de voorwaarde dat extra capaciteit wordt aangeboden op de Belgische markt. Voor deze vorm van “nieuwe capaciteit” lijkt de vermelding van de zinssnede “overeenkomstig de voorwaarden van artikel 3” in het ontworpen artikel 1, § 2, 12°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 derhalve overbodig.

Voor wat betreft “nieuwe capaciteit” die wel kwalificeert als “bestaande capaciteit”, verwijst de gemachtigde naar artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021. In deze bepaling worden voor de bestaande capaciteiten de uitgaven omschreven die tot gevolg hebben dat er aanvullende capaciteit wordt aangeboden. Uit voormelde bepaling blijkt slechts impliciet dat het aanbieden van aanvullende capaciteit de volgende gevallen omvat: het in overeenstemming brengen van capaciteit met nieuwe normen die dienen te worden nageleefd in het kader van de prekwalificatie, het verhogen van het nominaal referentievermogen van de capaciteit of de technische levensduur van de installatie, en, voor rechtstreekse buitenlandse capaciteiten, het aansluiten van een eenheid op een netwerk dat binnen de Belgische regelzone valt. In zoverre het de bedoeling is van de stellers van het ontwerp dat “bestaande capaciteit” enkel in voormelde gevallen kwalificeert als “nieuwe capaciteit”, dient dit met het oog op de rechtszekerheid uitdrukkelijk tot uiting te worden gebracht in het ontworpen artikel 1, § 2, 12°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021.

10.3. Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt voorts dat de stellers van het ontwerp beogen dat indien eenzelfde capaciteitshouder twee investeringsdossiers indient voor bijvoorbeeld een onderhoud van een bestaande capaciteit gekoppeld aan een verhoging hiervan, de in aanmerking komende kosten elkaar niet kunnen overlappen en de capaciteitseenheid slechts in één capaciteitscategorie kan worden ingedeeld. De CREG dient daarbij de voor de capaciteitshouder meest voordelige keuze te maken, hetgeen in beginsel leidt tot de toepassing van hoofdstuk II.

Uit de ontworpen regeling blijkt deze door de CREG te volgen werkwijze echter niet, zodat het ontwerp op dit punt nog dient te worden aangevuld.

11. Uit de ontworpen artikelen 19/5, § 1, eerste lid, en 19/9, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 blijkt dat hoofdstuk III van dat koninklijk besluit, zoals ingevoegd door de artikelen 16 tot 19 van het ontwerp, ook geldt voor het klasseren in een capaciteitscategorie van een bestaande capaciteit die deel uitmaakt van een “geaggregeerde offerte”¹². De situatie van een geaggregeerde offerte in het kader van de klassering van bestaande capaciteit wordt in voormeld

¹² Artikel 1, § 2, 7°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 omschrijft “geaggregeerde offerte” als “dossier dat in het kader van de prekwalificatieprocedure wordt ingediend en dat een combinatie van ten minste twee capaciteiten omvat.

hoofdstuk III echter niet in dezelfde mate geregeld als het geval is in het kader van de klassering van nieuwe capaciteit (zie bijvoorbeeld de bepalingen inzake een geaggregeerde offerte in de ontworpen artikelen 5, 7, § 1, vierde lid, 3°, en 11 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021). Hiernaar bevraagd, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Na bevraging van de CREG blijkt dat dit berust op een vergissing en dat overeenstemmende bepalingen dienen te worden voorzien in hoofdstuk III als deze in hoofdstuk II met betrekking tot geaggregeerde offertes.”

Hiermee kan worden ingestemd.

12. Het ontwerp bevat een aantal bepalingen die een overname of een parafrasering vormen van bepalingen in artikel 7*undecies* van de Elektriciteitswet. Zo wordt in het ontworpen 19/5, § 1, eerste lid, van het KB van 4 juni 2021 de datum hernomen voor dewelke de aanvraag tot klassering, inclusief een investeringsdossier, moet worden ingediend bij de CREG.¹³

Bepalingen die enkel een hogere norm in herinnering brengen door die over te nemen of te parafraseren, horen in beginsel niet thuis in een uitvoeringsregeling, onder meer omdat daardoor onduidelijkheid dreigt te ontstaan omtrent de juridische aard van de overgenomen bepalingen en erdoor verkeerdelijk de indruk wordt gewekt dat de overgenomen regels kunnen worden gewijzigd door de overheid die de regels overneemt. Enkel wanneer het voor een goed begrip van de ontworpen regeling onontbeerlijk is dat bepalingen uit een hogere rechtsnorm worden overgenomen, kan dergelijke werkwijze worden gebillijkt, en dan enkel op voorwaarde dat de oorsprong van de betrokken regels wordt vermeld (door het aanbrengen van de vermelding “overeenkomstig artikel ... van de wet van ...”) en dat de overname correct en letterlijk gebeurt om geen onduidelijkheid te doen ontstaan omtrent de juiste draagwijdte ervan.

Indien de stellers van het ontwerp deze – in beginsel overbodige – herhalingen wensen te behouden, moet bijgevolg de oorsprong van de betrokken regels worden vermeld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

13. In de mate dat door tegemoet te komen aan opmerkingen uit dit advies wordt afgeweken van het aan het ontwerp ten grondslag liggende voorstel van de CREG, moet dit worden toegelicht in de aanhef van het te nemen besluit, overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 17, van de Elektriciteitswet.

De aanhef moet worden aangepast aan hetgeen hiervoor over de rechtsgrond is opgemerkt.

¹³ Zie artikel 7*undecies*, § 9, eerste lid, van de Elektriciteitswet, gelezen in samenhang met paragraaf 8, zevende lid, van dezelfde bepaling.

14. Voorts dient bij het rechtsgrondbiedende artikel 7*undecies*, § 9, vierde lid, van de Elektriciteitswet nog een verwijzing te worden ingevoegd naar de laatste wijziging van die bepaling bij de wet van 7 mei 2024.

Artikel 10

15. In de Nederlandse tekst van artikel 10 van het ontwerp moet worden verwezen naar artikel 8 in de plaats van het onbestaande artikel 8, § 1, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021.

Artikel 17

16. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/1, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “de in het eerste lid, 1°, bedoelde capaciteitscategorie” in de plaats van “de in het eerste lid, 1° tot 1°, bedoelde capaciteitscategorie”.

17.1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “een bestaande capaciteit” in de plaats van “een nieuwe capaciteit”.

17.2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “die zijn gedaan ten laatste de dag voorafgaand aan de eerste dag van de periode van capaciteitslevering” in de plaats van “die ten laatste de dag voorafgaand aan de eerste dag van de periode van capaciteitslevering”.

17.3. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 dient een meer accurate vertaling van “la mise en conformité” te worden gebruikt dan “de naleving”.

17.4. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “met uitsluiting van de kosten die bestemd zijn om de productie te verhogen of voor de opslag van andere goederen” in de plaats van “met uitsluiting van de kosten die bestemd zijn om de productie of de opslag van andere goederen te verhogen”.

18. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/4 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “investeringsdrempel” in de plaats van “investeringsdrempels”.

Artikel 18

19. In het ontworpen artikel 19/5, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 dient te worden verwezen naar artikel 7, § 1, *derde* lid, van hetzelfde koninklijk besluit, in de plaats van artikel 7, § 1, tweede lid.

20.1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/5, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 dient de aanduiding van paragraaf 2 te worden toegevoegd.

20.2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/5, § 3, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “één nominaal referentievermogen” in de plaats van “een nominaal referentievermogen”.

20.3. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/5, § 4, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “samengevoegd” in de plaats van “samengeteld”.

21.1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/7 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men telkens “commissie” in de plaats van “Commissie” en “de aanvrager” in de plaats van “de eiser”. Tevens schrijve men hierin “bestemming” in de plaats van “geadresseerde”.

21.2. In het ontworpen artikel 19/7 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 dient te worden verwezen naar artikel 19/5, § 2, 4°, van hetzelfde koninklijk besluit, in de plaats van artikel 19/5, § 1, tweede lid, 4°.

22.1. De Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/10, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 herschrijve men als volgt:

“Na onderzoek van het investeringsdossier herklasseert de commissie de bestaande capaciteit in één van de in artikel 19/1, § 1, eerste lid, bedoelde capaciteitscategorieën.”

Tevens dient in de Franse tekst van het ontworpen artikel 19/10, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 te worden verwezen naar artikel 19/1, § 1, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit, in de plaats van artikel 19/1, eerste lid.

22.2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/10, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “klassering” in de plaats van “indeling” en “om hem in staat te stellen binnen tien werkdagen zijn opmerkingen over te maken” in de plaats van “zodat deze binnen tien werkdagen opmerkingen kan maken”.

Artikel 19

23.1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/11, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “offerte” in de plaats van “bieding”.

23.2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/11, derde lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 schrijve men “controle ex post” in de plaats van “evaluatie” en “herklasseren” in de plaats van “opnieuw indelen”.

Artikel 21

24.1. Overeenkomstig artikel 21 treedt het te nemen besluit, met uitzondering van de artikelen 10 en 14 die in werking treden de dag waarop het besluit in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, pas in werking na de bekendmaking van een bericht waaruit blijkt dat de Europese Commissie de ontworpen regeling verenigbaar heeft verklaard met de staatssteunregels of dat de termijnen voor het onderzoek door de Europese Commissie zijn verstreken.

24.2. Tenzij er een bijzondere reden is om af te wijken van de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten, dient te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding van de artikelen 10 en 14 van het ontwerp, teneinde eenieder een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe bepalingen.

24.3. Voorts kan de beoogde werkwijze enkel worden gevolgd indien de beslissing van de Europese Commissie geen aanleiding geeft tot een aanpassing van het te nemen besluit. Indien die beslissing voorwaardelijk is geformuleerd en die voorwaarden nopen tot een aanpassing van het aan te nemen ontwerp, zal een aangepast ontwerp (opnieuw) om advies moeten worden voorgelegd aan de Raad van State. Indien eventuele voorwaarden in de beslissing van de Europese Commissie nopen tot een aanpassing van het te nemen besluit middels een later besluit, zal ook deze inwerkingtredingsbepaling in het te nemen besluit moeten worden vervangen opdat de aanpassingen alsnog in werking kunnen treden.¹⁴

25. In de Nederlandse tekst van artikel 21, eerste lid, 1°, van het ontwerp schrijve men “besluit geen” in de plaats van “besluitgeen”.

*

¹⁴ Vergelijk adv.RvS 73.304/3 van 28 april 2023, opmerking 5.

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.

*

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du demandeur d'avis sur le fait que la dissolution des Chambres législatives emporte que, depuis cette date et jusqu'à ce que, à la suite de l'élection des membres de la Chambre des représentants, le Roi nomme un nouveau gouvernement, le gouvernement ne dispose plus de la plénitude de sa compétence. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis apporte diverses modifications à l'arrêté royal du 4 juin 2021 'fixant les seuils d'investissements, les critères d'éligibilité des coûts d'investissement et la procédure de classement des capacités dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'.

Le projet insère à l'article 1^{er} de cet arrêté royal une définition de la notion de « nouvelle capacité » (article 1^{er} du projet) et modifie par ailleurs le dispositif existant relatif au classement d'une capacité dans une catégorie de capacité en ce sens que ce dispositif est limité à la nouvelle capacité (articles 2 à 9, 11 à 13 et 15). En outre, le projet vise à instaurer un dispositif de classement d'une capacité existante dans une catégorie de capacité (articles 16 à 20).

Le projet apporte ensuite une correction d'ordre linguistique (article 10) et abroge une disposition relative au délai de conservation des données à caractère personnel traitées (article 14).

Enfin, l'article 21 règle l'entrée en vigueur.

FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. Le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 7^{undecies}, § 9, alinéa 4, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité).

L'article 7undecies de la loi sur l'électricité a été modifié récemment par deux lois. Il s'agit en premier lieu de la loi du 26 avril 2024 'portant modification de l'article 7undecies de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité concernant le traitement des données à caractère personnel dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'. En vertu de son article 3, la loi du 26 avril 2024 entre en vigueur le 1^{er} juin 2024.

En deuxième lieu, il s'agit de la loi du 7 mai 2024 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'. En vertu de son article 11, la loi du 7 mai 2024 entre en vigueur le 31 mai 2024, étant entendu que, pour chacune de ses dispositions, le Roi peut fixer une date d'entrée en vigueur antérieure à cette date.

4.2. L'examen du fondement juridique a été effectué en tenant compte des modifications apportées à l'article 7undecies de la loi sur l'électricité, intégrées dans les lois des 26 avril 2024 et 7 mai 2024. Le Conseil d'État, section de législation, considère à cet égard que l'arrêté royal dont le projet est actuellement à l'examen, ne sera pas publié au *Moniteur belge* avant l'entrée en vigueur des lois précitées.

5.1. Le dispositif en projet peut trouver, en premier lieu, un fondement juridique dans l'article 7undecies, § 9, alinéa 4, de la loi sur l'électricité. Après l'entrée en vigueur de la loi du 7 mai 2024, l'article 7undecies, § 9, précité, sera libellé comme suit (le nouveau texte inséré est souligné et le texte abrogé est barré) :

« § 9. Concomitamment à l'introduction du dossier de préqualification qui montre dans quelle mesure les critères de recevabilité visés au paragraphe 8 et les critères de préqualification visés au paragraphe 12, alinéa 3 ~~alinéa 2~~, 2°, sont satisfaits, le détenteur de capacité qui souhaite obtenir un contrat de capacité pour plus d'une période de fourniture de capacité, introduit auprès de la commission un dossier d'investissement détaillé et motivé au regard des critères d'éligibilité déterminés en vertu de l'alinéa 4.

Après examen du dossier d'investissement, la commission détermine le classement de la capacité dans une catégorie de capacité.

La commission notifie sa décision au détenteur de capacité et au gestionnaire du réseau au plus tard quinze jours avant la date limite de soumission des offres dans le cadre de la mise aux enchères visée au paragraphe 10. La commission peut motiver sa décision concernant le dossier d'investissement sur la base du rejet du dossier de préqualification par le gestionnaire du réseau. Ce dernier transmet à la commission, avec toute la diligence requise, toutes les informations nécessaires à cet égard.

Sur proposition de la commission, établie après consultation publique et avis du gestionnaire du réseau, le Roi fixe les critères d'éligibilité des coûts d'investissement permettant de classer toute capacité dans une catégorie de capacité, les seuils d'investissements distinguant les catégories de capacité, la procédure de classement ainsi que, après classement, les modalités de contrôle du maintien de la capacité dans la catégorie de capacité dans laquelle elle a été classée et les conséquences du non-respect des conditions de classement sur le contrat de capacité ~~ainsi que la procédure de classement~~ ».

En outre, on peut invoquer le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution, combiné avec l'article 7*undecies*, § 9, de la loi sur l'électricité ¹.

5.2. L'article 14 du projet vise à abroger l'article 18 de l'arrêté royal du 4 juin 2021. En vertu de cette disposition, les données acquises et traitées par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) en application de l'arrêté royal du 4 juin 2021 sont conservées au maximum pendant le délai de prescription administrative prévu à l'article 31/3 de la loi sur l'électricité.

L'article 2 de la loi du 26 avril 2024 insère dans l'article 7*undecies* de la loi sur l'électricité un paragraphe 21, qui règle le traitement de données à caractère personnel par la CREG. L'alinéa 6 de ce paragraphe 21 dispose que le traitement et la conservation des données à caractère personnel restent limités à la durée nécessaire pour atteindre l'objectif pour lequel ces données sont traitées et que cette durée ne peut excéder dix ans après la fin de la dernière période de fourniture de capacité.

Le pouvoir général d'exécution du Roi, consacré par l'article 108 de la Constitution, combiné avec l'article 7*undecies*, § 21, alinéa 6, de la loi sur l'électricité, peut dès lors être invoqué pour l'article 14 du projet.

6.1. L'article 19 du projet vise à insérer dans l'arrêté royal du 4 juin 2021 un article 19/11, dont les alinéas 1^{er} et 2 s'énoncent comme suit :

« Postérieurement à la sélection d'une offre pour une capacité existante qui a été classée dans la catégorie de capacité associée à un contrat de capacité couvrant au maximum huit périodes de fourniture de capacité, et à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction, la commission est chargée de contrôler que les dépenses en capital envisagées ont été effectivement réalisées et ont atteint, ou dépassé, le seuil visé à l'article 19/4.

Dans le cadre de la mission visée à l'alinéa 1^{er}, la commission utilise dans ce cadre les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 26, § 1^{er}*ter*, de la loi du 29 avril 1999 ».

Ainsi, l'article 19 du projet vise à investir la CREG des pouvoirs d'enquête visés à l'article 26, § 1^{er}*ter*, de la loi sur l'électricité dans le cadre du contrôle *ex post* sur le classement d'une capacité existante dans une catégorie de capacité qui a conduit à la conclusion d'un contrat de capacité couvrant au maximum huit périodes de fourniture de capacité.

L'article 26, § 1^{er}*ter*, de la loi sur l'électricité s'énonce comme suit :

« Dans le cadre des articles 3, 4 et 5 du Règlement (UE) n° 1227/2011, et de l'article 7*undecies*, § 13, le cas échéant de l'article 7*duodecies*, de l'article 22*ter* et de l'article 22*quater* de la présente loi, la commission dispose du pouvoir de demander des informations à toutes les personnes physiques ou morales concernées dans un délai raisonnable, du pouvoir de procéder à une visite sur place au cours de laquelle elle peut consulter tous renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement des missions qui lui sont dévolues par les dispositions précitées et, le cas échéant, les copier, ainsi que

¹ Comparer avec l'avis C.E. 69.021/3 du 13 avril 2021 sur un projet d'arrêté royal devenu l'arrêté royal du 4 juin 2021 'fixant les seuils d'investissements, les critères d'éligibilité des coûts d'investissement et la procédure de classement des capacités dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité', observation 4.1.

du pouvoir de les convoquer et de les entendre, pour autant qu'elle motive sa demande et que celle-ci s'inscrive dans le cadre et le but de son enquête.

Les personnes physiques ou morales convoquées et entendues conformément au premier alinéa sont assistées d'un conseil à leur demande ».

Selon cette disposition, les pouvoirs prévus à l'article 26, § 1^{er}ter, de la loi sur l'électricité sont limités à l'application des articles 3, 4 et 5 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 'concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie' (essentiellement l'interdiction des opérations d'initiés, l'obligation de publier les informations privilégiées et l'interdiction des manipulations de marché) et des articles 7undecies, § 13, 7duodecies, 22ter et 22quater de cette loi.

En vertu de l'article 7undecies, § 13, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, à l'exception du contrôle du respect des obligations visées au paragraphe 14, le contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité visé à la section 2 (lire : au seul article 7undecies de la loi sur l'électricité) et, le cas échéant, à la section 3 (lire : au seul article 7duodecies de la loi sur l'électricité) est confié à la CREG, qui dispose à cet effet des compétences qui lui sont attribuées par la loi sur l'électricité. Dans ce cadre, la CREG est habilitée à vérifier « la régularité des procédures de préqualification, des mises aux enchères, le cas échéant des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères indirectes et des transactions dans le marché secondaire, ainsi que l'absence de manipulation du marché, de comportement anti-concurrentiel ou de pratique commerciale déloyale ».

6.2. La question se pose de savoir s'il peut se déduire de l'article 7undecies, § 13, de la loi sur l'électricité que la CREG peut être habilitée à faire usage des pouvoirs d'enquête visés à l'article 26, § 1^{er}ter, de la loi sur l'électricité afin de vérifier, en ce qui concerne un contrat de capacité couvrant au maximum huit périodes de fourniture de capacité, si les dépenses en capital envisagées ont été effectivement réalisées et ont atteint, ou dépassé, le seuil d'investissement visé à l'article 19/4, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021. Interrogé à ce propos, le délégué a fourni les explications suivantes :

« Artikel 26, §1ter van de Elektriciteitswet verwijst expliciet naar artikel 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet die de algemene controlebevoegdheid van de CREG bevat aangaande het CRM. De controle bedoeld in het ontworpen artikel 19/11, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 maakt onmiskenbaar een onderdeel uit van deze controlebevoegdheid. Indien aangeraden kunnen enkele verduidelijkingen aan de aanhef of de tekst voorgesteld worden. Hieronder wordt dit verder toegelicht.

Artikel 26, §1ter van de Elektriciteitswet stelt het volgende (eigen nadruk):

‘§ 1ter. In het kader van de artikelen 3, 4 en 5 van de Verordening (EU) nr. 1227/2011, en van artikel 7undecies, § 13, desgevallend van artikel 7duodecies, artikel 22ter en artikel 22quater van deze wet, beschikt de commissie over de bevoegdheid om binnen een redelijke termijn informatie op te vragen aan alle betrokken natuurlijke of rechtspersonen, de bevoegdheid om een bezoek ter plaatse te brengen, waarbij zij alle informatie en documenten kan raadplegen die nodig zijn voor de uitvoering van de taken die haar op grond van bovengenoemde bepalingen zijn toevertrouwd, en deze in voorkomend geval kan kopiëren, alsook over de bevoegdheid hen op te roepen en te horen, op voorwaarde

dat zij haar verzoek motiveert en dat dit verzoek aansluit op het kader en het doel van haar onderzoek.

De natuurlijke en rechtspersonen die overeenkomstig het eerste lid worden opgeroepen en gehoord, worden op hun verzoek bijgestaan door een raadsman.'

De MvT bij de wet van 15 maart 2021 (Parl.St. 55.1779/001, p. 31-32) stelt het volgende:

'Art. 10 Middels deze bepaling kunnen de controlebevoegdheden van de CREG vervat in artikel 26, § 1ter, van de elektriciteitswet, worden aangewend in functie van de controleopdracht bedoeld in artikel 7undecies, § 13, en worden voornoemde bevoegdheden uitgebreid tot de bevoegdheid om een bezoek ter plaatse te brengen, waarbij zij alle informatie en documenten kan raadplegen die nodig zijn voor de uitvoering van de taken die haar op grond van bovengenoemde bepalingen zijn toevertrouwd, en deze in voorkomend geval kan kopiëren.'

Art. 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet betreft de algemene controlebevoegdheid van de CREG in het kader van het CRM. Zie art. 7undecies, §13, eerste lid van de Elektriciteitswet, luidende als volgt:

'Met uitzondering van het toezicht op de naleving van de verplichtingen bedoeld in paragraaf 14, wordt het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling, en in voorkomend geval bedoeld in afdeling 3, toevertrouwd aan de commissie, die daartoe over de bevoegdheden beschikt die haar bij deze wet zijn toegekend. In dit verband gaat de commissie met name na of de prekwalificatieprocedures, de veilingen, desgevallend de preveilingen voor de deelname van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken. Onverminderd de leden 2 tot en met 5, kan de Koning, na advies van de commissie, de nadere regels van deze controle bepalen, in het bijzonder de nadere regels die de commissie in staat stellen een persoon aan te wijzen die in zijn naam en voor zijn rekening taken op het gebied van toezicht en rapportering uitvoert.'

Indien het volgens uw hoge Raad meer aangewezen is kan voorgesteld worden in de aanhef te verduidelijken dat bijkomend rechtsgrond gevonden moet worden in artikel 108 van de Grondwet en artikel 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet of indien het volgens uw hoge Raad meer aangewezen is het ontworpen artikel 19/11, tweede lid van het Koninklijk besluit van 4 juni 2021 te wijzigen teneinde te verduidelijken dat deze controle ook verband houdt met de bevoegdheid van de CREG overeenkomstig artikel 7undecies, §13 van de Elektriciteitswet kan volgende wijziging voorgesteld worden:

'In het kader van de taak bedoeld in het eerste lid maakt de commissie gebruik van de bevoegdheden die haar zijn toegekend bij artikel 7undecies, §13 en artikel 26, § 1ter, van de wet van 29 april 1999.'

Bovendien dient opgemerkt te worden dat het verstrekken van foutieve gegevens of een wijziging in de doorslaggevende elementen die hebben geresulteerd in de toekenning van een multi-jaarcapaciteitscontract en het foutief behouden hiervan een marktverstorend effect heeft. In het kader hiervan dient ook verwezen te worden naar de toelichting hieromtrent in het kader van het wetsontwerp Parl.St. 55.3884/001 zoals op 18.04.2024 aangenomen door de plenaire vergadering van de Kamer waarin het volgende wordt gesteld (eigen nadruk):

'Zo dient opgemerkt te worden dat de beslissingen inzake het toekennen van een individuele uitzondering op de toepassing van de intermediaire prijslimiet en de

klassering in capaciteitscategorieën worden genomen op basis van verklaringen van de aanvrager voorafgaand aan de deelname aan de veiling, die zich op zijn beurt baseert op prognoses. De indeling in een capaciteitscategorie gebeurt bijvoorbeeld op basis van ramingen die, om redenen die verband houden met de regelgeving inzake staatssteun, nog niet kunnen zijn ondertekend. Het doel van ex post controle is ervoor te zorgen dat de verkregen subsidie alleen het noodzakelijke dekt. Dit type controle is dus essentieel om te voldoen aan het criterium van evenredigheid van de steun, in overeenstemming met de Mededeling van de Europese Commissie “Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022” met referentie (2022/C 80/01).

[...]

In overeenstemming met het arrest 232.089 van de Raad van State van 28 augustus 2015 wordt beoogd te voorzien in een uitdrukkelijk wetsbepaling die toelaat te voorzien in de intrekking van een individuele uitzondering op de toepassing van de intermediaire prijslimiet en de klassering in capaciteitscategorieën, mede gelet op dat indien deze zouden zijn uitgelokt door foutieve informatie, deze als marktmanipulatie in de zin van artikel 7undecies, § 13, van de Elektriciteitswet gekwalificeerd zouden kunnen worden.

[...]’ ».

6.3. Dans l’avis 73.576/3 du 2 juin 2023, la section de législation a déjà examiné la possibilité de s’appuyer sur la mention de l’article 7undecies, § 13, dans l’article 26, § 1^{er}ter, de la loi sur l’électricité, et ce en ce qui concerne les pouvoirs d’enquête de la CREG dans le cadre du retrait d’une dérogation aux plafonds de prix intermédiaires dans le contexte du mécanisme de rémunération de capacité. La section de législation y a notamment considéré ce qui suit :

« Les auteurs du projet entendent en outre permettre à la CREG de faire usage des pouvoirs d’enquête mentionnés à l’article 26, § 1^{er}ter, de la loi sur l’électricité dans le cadre du contrôle susceptible de donner lieu au retrait de la dérogation. Selon cette disposition légale, ces pouvoirs d’enquête se limitent toutefois à l’application des articles 3, 4 et 5 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 ‘concernant l’intégrité et la transparence du marché de gros de l’énergie’ (essentiellement l’interdiction des opérations d’initiés, l’obligation de publier les informations privilégiées et l’interdiction des manipulations de marché) ainsi que des articles 7undecies, § 13, 7duodecies, 22^{ter} et 22quater de la loi sur l’électricité. L’article 7undecies, § 13, de la loi sur l’électricité fait à son tour mention du ‘contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité’ et confère à la CREG la compétence de vérifier notamment ‘la régularité des procédures de préqualification, des mises aux enchères, des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères indirectes et des transactions dans le marché secondaire, ainsi que l’absence de manipulation du marché, de comportement anti-concurrentiel ou de pratique commerciale déloyale’. Toutefois, on ne peut pas déduire de cette disposition légale que la CREG peut être habilitée, ainsi qu’il ressort de la disposition en projet, à ‘vérifier la pertinence des éléments identifiés comme déterminants lors de l’octroi de la dérogation’ en vue du retrait de cette dérogation ² ».

² Avis C.E. 73.576/3 du 2 juin 2023 sur un projet d’arrêté royal devenu l’arrêté royal du 4 juillet 2023 ‘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’, observation 4.

L'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité a certes été modifié depuis l'avis 73.576/3, précité, mais pas en ce qui concerne le contrôle des dérogations ³. L'article 26, § 1^{er}*ter*, de la loi sur l'électricité est resté inchangé. Par conséquent, dans l'avis 76.225/16, le Conseil d'État a conclu que le problème du fondement juridique n'a toujours pas été résolu, malgré la loi du 7 mai 2024 ⁴. Celle-ci avait pourtant pour but de prévoir un meilleur fondement juridique tant pour les dérogations qui étaient examinées dans les avis 73.576/3 et 76.225/16 que pour le classement en catégories de capacité examiné dans le projet. À cet égard, l'exposé des motifs de cette loi indique ce qui suit ⁵ :

« Faisant suite au marginal 4 de l'avis 73.576/3 du 2 juin 2023 du Conseil d'État, il est envisagé de fournir une base légale explicite pour stipuler que la CREG peut effectuer des contrôles *ex post* concernant les dérogations individuelles accordées à l'application du plafond de prix intermédiaire ainsi qu'en ce qui concerne le classement en catégories de capacité.

À cette fin, il est prévu de modifier respectivement l'article 7*undecies*, § 2, alinéa 3, et l'article 7*undecies*, § 9, alinéa 4, de la Loi Électricité ».

6.4. Il en ressort que l'intention était de régler de la même manière les pouvoirs d'enquête concernant les dérogations et le classement en catégories de capacité. Dès lors que dans son avis 76.225/16, le Conseil d'État a constaté que l'application des pouvoirs d'enquête visés à l'article 26, § 1^{er}*ter*, de la loi sur l'électricité concernant les dérogations, soulevait encore toujours une objection, force est de constater par analogie que, même après la loi du 7 mai 2024, il ne peut se déduire de l'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité que la CREG peut être habilitée à faire usage des pouvoirs d'enquête visés à l'article 26, § 1^{er}*ter*, de la loi sur l'électricité pour vérifier si les dépenses en capital envisagées ont été effectivement réalisées et ont atteint, ou dépassé, le seuil visé à l'article 19/4, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021.

³ Les modifications suivantes ont été apportées à l'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité par l'article 4, 3°, de la loi du 21 mai 2023 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie':

- l'ajout du segment de phrase prévoyant que le contrôle porte sur le bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité « visé à la présente section et, le cas échéant, à la section 3 ». Cette insertion s'inscrit simplement dans le cadre d'un élargissement du dispositif existant à celui de la mise aux enchères ponctuelle (« Enfin, il est envisagé de modifier le paragraphe 13 afin d'habiliter la CREG à exercer, pour l'enchère ponctuelle, un contrôle identique à celui prévu pour le CRM » - *Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, 55-3238/001, p. 16);
- l'ajout du segment de phrase « le cas échéant, des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères indirectes ».

La loi du 7 mai 2024 insère un dernier alinéa nouveau, qui s'énonce comme suit :

« Si la commission établit qu'une transaction intervenue dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité, y compris une transaction sur le marché secondaire, est irrégulière, ou résulte d'une manipulation de marché, d'un comportement anticoncurrentiel ou d'une pratique commerciale déloyale, la commission peut, à condition que les personnes concernées aient été entendues ou aient été dûment convoquées en présence de leur conseil, annuler ladite transaction et le contrat capacité qui y est associé, de sorte que ladite transaction est réputée n'avoir jamais eu lieu et que tous ses effets sont réputés avoir été annulés. La décision de la commission annulant la transaction est notifiée au fournisseur de capacité ainsi qu'au gestionnaire du réseau ».

⁴ Avis C.E. 76.225/16 du 21 mai 2024 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', observation 3.3.

⁵ Voir *Doc. Parl.*, Chambre, 2023-24, n° 55-3884/001, p. 14.

En outre, il convient d'observer qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH) doit être interprétée au sens large et que, dans certaines circonstances, elle porte également sur les locaux professionnels et commerciaux ⁶, même lorsqu'il s'agit de personnes morales ⁷. Un élargissement des possibilités pour la CREG d'effectuer une visite sur place avec accès à toutes les informations et à tous les documents ne peut dès lors pas être réglé sans une base légale adéquate ⁸.

Il résulte de ce qui précède que l'article 19/11, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 est dépourvu de fondement juridique adéquat et cette disposition en projet sera omise du projet.

FORMALITÉS

7. Le projet modifie un régime d'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.

Invité à préciser si le projet a déjà été notifié, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De Commissie is in kennis gesteld van ons voornemen om enkele wijzigingen/verbeteringen aan de CRM aan te brengen. Na overleg tussen ons en de Commissie hebben zij ons laten weten dat een officieel kennisgevingsdossier nodig is. Als gevolg daarvan is een pre-notificatieprocedure opgestart, met nummer SA.114003. Een vervolgmeeting is gepland op 29 mei 2024. De Commissie is zich bewust van de nood van een aantal van de verbeteringen voor de veiling die plaatsvindt in september 2024 ».

Il ressort également du texte du projet que les auteurs du projet sont conscients de l'obligation de notification, vu la formulation de l'article 21, qui implique que l'arrêté envisagé, à l'exception des articles 10 et 14, n'entrera en vigueur qu'après publication d'un avis confirmant que la Commission européenne a déclaré le dispositif en projet compatible avec la législation

⁶ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Publ. Cour, série A, vol. 251-B ; Cour eur. D.H., 25 février 1993, *Funke, Crémieux et Mialhe c. France*, Publ. Cour, série A, Vol. 256-A, -B et -C ; Cour eur. D.H., 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique* ; Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, Cour eur. D.H., 2005-IV, § 32 ; Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. c. Norvège*, § 104. Voir aussi D. YERNAULT, « Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne », *Rev.Trim.Dr.H.* 1994, pp. 117-135 ; S. DE RAEDT, « De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest *Bernh Larsen* genuanceerd », *TFR* 2014, liv. 453-454, p. 75 ; T. JANSEN, « Kijken mag, aankomen ook », *Fisc.Act.* 2017, liv. 36, pp. 1-6.

⁷ Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est e.a. c. France* ; Cour eur. D.H., 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limites e.a. c. Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 21 décembre 2010, *Société Canal Plus e.a. c. France* ; Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. c. Norvège*, § 104.

⁸ Comparer avec l'avis C.E. 52.323/3 du 20 novembre 2012 sur un projet d'arrêté royal devenu l'arrêté royal du 17 juillet 2013 'portant exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale', observation 3.6.

relative aux aides d'État ou que les délais impartis pour l'examen par la Commission européenne sont expirés. Ainsi qu'il est exposé ci-après dans l'observation 24.3, il faut toutefois tenir compte du fait qu'il est possible que la décision de la Commission européenne donne lieu à une adaptation du projet à adopter⁹.

8.1. Le projet comporte des dispositions qui règlent le traitement de données à caractère personnel. L'article 19/5, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 précise les éléments que le dossier d'investissement doit au moins contenir, dont un certain nombre de données à caractère personnel. L'article 14 du projet abroge l'article 18 de l'arrêté royal du 4 juin 2021 qui règle le délai de conservation des données à caractère personnel traitées.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, impose de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

8.2. À la question de savoir si l'avis de l'Autorité de protection des données a été sollicité sur le projet, le délégué a répondu ce qui suit :

« Gelet op dat het ontworpen artikel 19/5 van het KB een spiegeling is van artikel 7 van het KB van 4 juni 2021 kan verwezen worden naar het advies nr. 67/2021 van de Gegevensbeschermingsautoriteit, gegeven op 20 mei 2021. Bovendien dient opgemerkt te worden dat ook verwezen kan worden naar artikel 7undecies, §21 van de Elektriciteitswet zoals voorzien middels het wetsontwerp Parl. St. 55.3885/001 zoals op 18.04.2024 aangenomen door de plenaire vergadering van de Kamer. In het kader hiervan kan ook verwezen worden naar het ontvangen advies van de GBA met betrekking tot voornoemde wetsontwerp. Het opheffen van artikel 18 van het KB van 4 juni 2021 volgt louter uit dat de bewaartermijn voortaan geregeld zal zijn in art. 7undecies, §21, zesde lid van de Elektriciteitswet zoals voorzien middels het wetsontwerp Parl. St. 55.3885/001 zoals op 18.04.2024 aangenomen door de plenaire vergadering van de Kamer ».

8.3. L'abrogation de l'article 18 de l'arrêté royal du 4 juin 2021 par l'article 14 du projet découle et est la conséquence nécessaire de l'article 7undecies, § 21, alinéa 6, de la loi sur l'électricité, inséré par l'article 2 de la loi du 26 avril 2024. Dès lors, l'article 14 du projet ne fixe pas de nouvelles règles relatives au traitement de données à caractère personnel, de sorte qu'il peut être admis qu'en ce qui concerne cette disposition, il n'y a pas lieu de demander l'avis de l'Autorité de protection des données.

⁹ Comp. avec l'avis C.E. 73.304/3 du 28 avril 2023 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 20 juillet 2023 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la surcharge pour le câble', observation 3.

Toutefois, en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel prévu par l'article 19/5, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on ne peut pas se rallier au délégué lorsqu'il renvoie à l'avis n° 67/2021 de l'Autorité de protection des données. En effet, cet avis porte sur un autre texte que le projet et date en outre déjà du 21 mai 2021.

Il résulte de ce qui précède que l'avis de l'Autorité de protection des données devra encore être demandé sur le projet.

9. Si les formalités susmentionnées devaient encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État ¹⁰, les dispositions ainsi modifiées ou ajoutées devraient encore 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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

10.1. Le chapitre II de l'arrêté royal du 4 juin 2021, modifié par les articles 2 à 15 du projet, règle le classement d'une nouvelle capacité dans une catégorie de capacité. Le chapitre III de l'arrêté royal du 4 juin 2021, inséré par les articles 16 à 19 du projet, règle quant à lui le classement d'une capacité existante dans une catégorie de capacité.

L'article 1^{er}, § 2, 12°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 définit « nouvelle capacité » comme « toute capacité, existante ou non, offrant de la capacité additionnelle au système électrique conformément aux conditions prévues à l'article 3 ». Il ressort de cette définition qu'une « nouvelle capacité » peut aussi être une « capacité existante », notion qui est définie à l'article 1^{er}, § 2, 5°, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 comme la « capacité qui, au moment de l'introduction du dossier de préqualification, a déjà été en mesure d'injecter de l'électricité ou d'en réduire le prélèvement sur le marché ou en aval du compteur ».

Il a été demandé au délégué comment le chapitre II et le chapitre III précités s'articulent entre eux en ce qui concerne l'application à la « capacité existante », et si le projet peut avoir pour effet que la « capacité existante » relève simultanément du champ d'application des deux chapitres. Le délégué a répondu à ces questions comme suit :

« De hoofdstukken II en III kunnen beide worden toegepast op bestaande capaciteit, maar voor verschillende investeringen.

Hoofdstuk II is van toepassing wanneer de investering voldoet aan de voorwaarden van artikel 3, met name "het aanbieden van aanvullende capaciteit op de Belgische markt". In het geval van bestaande capaciteit wordt dit criterium gespecificeerd in artikel 3, §2 van het KB van 4 juni 2021.

Hoofdstuk III is van toepassing wanneer de investering niet tot gevolg heeft dat "aanvullende capaciteit"/ "extra capaciteit" wordt aangeboden op de Belgische markt.

¹⁰ 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.

In geval van onzekerheid over de vraag of de investering zal worden beschouwd als het aanbieden van “aanvullende capaciteit”/ “extra capaciteit” aan de markt, zal de capaciteitshouder de mogelijkheid hebben om twee investeringsdossiers in te dienen, het ene op basis van hoofdstuk II en het andere op basis van hoofdstuk III van het Koninklijk Besluit.

Uit de algemene structuur van het KB volgt echter dat één enkele investering slechts in één capaciteitscategorie zal worden ingedeeld, hetzij op basis van hoofdstuk II, hetzij op basis van hoofdstuk III.

Het principe is dus dat, als de investering bedoeld is om extra MW aan de markt aan te bieden, hoofdstuk II van toepassing is; als het daarentegen om (groot) onderhoud gaat, is hoofdstuk III eerder van toepassing. Het is echter mogelijk dat de capaciteitshouder het vermogen van de capaciteit tijdens groot onderhoud wil verhogen. In dat geval zouden de twee hoofdstukken kunnen worden aangesproken, maar zouden de in aanmerking komende kosten elkaar niet overlappen: de capaciteitshouder zou een investeringsdossier "Hoofdstuk II" kunnen indienen voor de kosten die verband houden met de vermogensverhoging, en een ander investeringsdossier "Hoofdstuk III" voor de kosten die verband houden met het onderhoud. In een dergelijk geval zal de CREG, wetende dat de capaciteitseenheid slechts in één capaciteitscategorie kan worden ingedeeld, de meest voordelige keuze maken voor de capaciteitshouder - d.w.z. in principe, als de beoogde drempel wordt bereikt, de toepassing van Hoofdstuk II, dat potentieel een contract van maximaal 15 jaar biedt en de mogelijkheid inhoudt om een bod in te dienen dat hoger is dan de IPC.

Hoofdstuk II blijft in principe het kader zoals op heden voorzien. Hoofdstuk III voorziet dan weer in de mogelijkheid voor bestaande capaciteit om toch in een capaciteitscategorie ingedeeld te worden die recht geeft op een multi-jaar capaciteitscontract zonder dat het betrekking dient te hebben op “aanvullende capaciteit”/ “extra capaciteit”. Hoofdstuk III heeft als het ware betrekking op bestaande capaciteit sensu strictu en Hoofdstuk II heeft betrekking op alle nieuwe capaciteit, ook op nieuwe capaciteit die ontwikkeld wordt als aanvulling op bestaande capaciteit ».

En outre, le délégué a été interrogé sur la portée du segment de phrase « conformément aux conditions prévues à l'article 3 », à l'article 1^{er}, § 2, 12°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, ce à quoi il a répondu :

« Gelet op dat in het Nederlands in artikel 3, §1 en §2 van het KB van 4 juni 2021 respectievelijk de term “extra capaciteit” en de term “aanvullende capaciteit” wordt gebruikt, lijkt in het licht van de voorgaande antwoorden eventueel duidelijker indien volgende wijziging van de Nederlandse tekst van artikel 3, §2 van het KB van 4 juni 2021 wordt voorgesteld:

‘§ 2. Voor de bestaande capaciteiten zijn de uitgaven die tot gevolg hebben dat er aanvullende extra capaciteit wordt aangeboden, de volgende:

[...]’ ».

10.2. Il ressort des explications du délégué que l'intention des auteurs du projet est que le chapitre II de l'arrêté royal du 4 juin 2021 s'applique lorsqu'un investissement a pour but d'offrir de la capacité supplémentaire (ou « additionnelle »¹¹) sur le marché belge, et que, par contre, le chapitre III du même arrêté royal s'applique lorsqu'un investissement n'a pas pour conséquence d'offrir une capacité supplémentaire sur le marché belge.

Il convient d'adapter la définition de la notion de « nouvelle capacité » à l'article 1^{er}, § 2, 12°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 en conséquence, dès lors que la mention, dans cette définition, du segment de phrase « conformément aux conditions prévues à l'article 3 » est source d'équivoque quant au champ d'application visé des chapitres précités. En effet, on n'aperçoit pas clairement quelles sont les conditions prévues à l'article 3 qui doivent être remplies pour qualifier la capacité de « nouvelle capacité ».

En ce qui concerne la « nouvelle capacité » qui ne peut pas être qualifiée de « capacité existante », les auteurs du projet n'ont manifestement pas l'intention d'imposer une condition supplémentaire en plus de la condition d'offrir de la capacité additionnelle sur le marché belge. Pour cette forme de « nouvelle capacité », il paraît dès lors superflu de mentionner le segment de phrase « conformément aux conditions prévues à l'article 3 », à l'article 1^{er}, § 2, 12°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021.

S'agissant de la « nouvelle capacité » qui peut bel et bien être qualifiée de « capacité existante », le délégué renvoie à l'article 3, § 2, de l'arrêté royal du 4 juin 2021. Cette disposition définit, pour les capacités existantes, les dépenses ayant pour effet d'offrir de la capacité additionnelle. La disposition précitée ne fait apparaître qu'implicitement que l'offre de capacité additionnelle comprend les cas suivants : la mise en conformité de la capacité avec de nouvelles normes dont le respect est exigé dans le cadre de la préqualification, l'augmentation de la puissance nominale de référence de la capacité ou de la durée de vie technique de l'installation, et, pour les capacités étrangères directes, le raccordement de l'unité à un réseau relevant de la zone de réglage belge. Dans la mesure où l'intention des auteurs du projet est que la « capacité existante » ne puisse être qualifiée de « nouvelle capacité » que dans les cas précités, il y a lieu, dans un souci de sécurité juridique, de l'exprimer explicitement à l'article 1^{er}, § 2, 12°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021.

10.3. Il ressort en outre des explications du délégué que l'intention des auteurs du projet est que, si un même détenteur de capacité introduit deux dossiers d'investissement pour, par exemple, l'entretien d'une capacité existante couplé à une augmentation de celle-ci, les coûts éligibles ne puissent pas se chevaucher et que l'unité de capacité ne puisse être classée que dans une seule catégorie de capacité. À cet égard, la CREG doit faire le choix le plus avantageux pour le détenteur de capacité, ce qui conduit en principe à l'application du chapitre II.

Ce procédé que la CREG doit suivre ne ressortant toutefois pas du dispositif en projet, il faudra encore compléter le projet sur ce point.

¹¹ Si l'on choisit d'utiliser le terme capacité « additionnelle », il faudra veiller à l'utiliser de manière uniforme.

11. Il ressort des articles 19/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 19/9, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 que le chapitre III de cet arrêté royal, inséré par les articles 16 à 19 du projet, s'applique également au classement dans une catégorie de capacité d'une capacité existante composant une « offre agrégée »¹². Or, le chapitre III précité ne règle pas la situation d'une offre agrégée dans le cadre du classement de capacité existante dans la même mesure que dans le cadre du classement de nouvelle capacité (voir par exemple les dispositions relatives à une offre agrégée aux articles 5, 7, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, et 11, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021). Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Na bevraging van de CREG blijkt dat dit berust op een vergissing en dat overeenstemmende bepalingen dienen te worden voorzien in hoofdstuk III als deze in hoofdstuk II met betrekking tot geaggregeerde offertes ».

On peut se rallier à ce point de vue.

12. Le projet contient un certain nombre de dispositions qui reproduisent ou paraphrasent des dispositions de l'article 7*undecies* de la loi sur l'électricité. Ainsi, l'article 19/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de l'AR du 4 juin 2021 reproduit la date avant laquelle la demande de classement, y compris un dossier d'investissement, doit être introduite auprès de la CREG¹³.

Des dispositions qui ne font que rappeler une norme supérieure, en la reproduisant ou en la paraphrasant, n'ont en principe pas leur place dans des règles d'exécution, notamment parce que la nature juridique des dispositions reproduites pourrait en devenir incertaine et que cela donne erronément à penser que l'autorité qui reproduit les règles peut les modifier. Pareille méthode ne peut se justifier que si la bonne compréhension du régime en projet exige que des dispositions d'une norme supérieure soient reproduites, et seulement à condition que l'origine des règles concernées soit précisée (par la mention « conformément à l'article ... de la loi du ... ») et que la reproduction soit correcte et littérale afin de ne pas créer de confusion quant à leur portée exacte.

Dès lors, si les auteurs du projet souhaitent maintenir ces répétitions – en principe superflues – il s'impose de préciser l'origine des règles concernées.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

13. Dans la mesure où, en répondant aux observations formulées dans le présent avis, il est dérogé à la proposition de la CREG qui sous-tend le projet, il convient de le préciser dans le préambule de l'arrêté envisagé, conformément à l'article 7*undecies*, § 17, de la loi sur l'électricité.

¹² L'article 1^{er}, § 2, 7^o, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 définit l'« offre agrégée » comme le « dossier introduit dans le cadre de la procédure de préqualification et qui comprend une combinaison d'au moins deux capacités ».

¹³ Voir l'article 7*undecies*, § 9, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, combiné avec le paragraphe 8, alinéa 7, de la même disposition.

On adaptera le préambule en fonction des observations formulées ci-dessus à propos du fondement juridique.

14. En outre, en ce qui concerne l'article 7*undecies*, § 9, alinéa 4, de la loi sur l'électricité, qui procure un fondement juridique, il faut encore insérer une référence à la dernière modification de cette disposition par la loi du 7 mai 2024.

Article 10

15. Le texte néerlandais de l'article 10 du projet doit viser l'article 8 au lieu de l'article 8, § 1^{er}, qui n'existe pas, de l'arrêté royal du 4 juin 2021.

Article 17

16. Dans le texte néerlandais de l'article 19/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « de in het eerste lid, 1°, bedoelde capaciteitscategorie » au lieu de « de in het eerste lid, 1° tot 1°, bedoelde capaciteitscategorie ».

17.1. Dans le texte néerlandais de l'article 19/2, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « een bestaande capaciteit » au lieu de « een nieuwe capaciteit ».

17.2. Dans le texte néerlandais de l'article 19/2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, il y a lieu d'écrire « die zijn gedaan ten laatste de dag voorafgaand aan de eerste dag van de periode van capaciteitslevering » et non « die ten laatste de dag voorafgaand aan de eerste dag van de periode van capaciteitslevering ».

17.3. Dans le texte néerlandais de l'article 19/2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, il convient d'utiliser une traduction plus précise de « la mise en conformité » que « de naleving ».

17.4. Dans le texte néerlandais de l'article 19/2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « met uitsluiting van de kosten die bestemd zijn om de productie te verhogen of voor de opslag van andere goederen » au lieu de « met uitsluiting van de kosten die bestemd zijn om de productie of de opslag van andere goederen te verhogen ».

18. Dans le texte néerlandais de l'article 19/4, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « investeringsdrempel » au lieu de « investeringsdrempels ».

Article 18

19. L'article 19/5, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 doit viser l'article 7, § 1^{er}, alinéa 3, du même arrêté royal, et non l'article 7, § 1^{er}, alinéa 2.

20.1. Dans le texte néerlandais de l'article 19/5, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, il convient d'ajouter l'indication du paragraphe 2.

20.2. Dans le texte néerlandais de l'article 19/5, § 3, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « één nominaal referentievermogen » au lieu de « een nominaal referentievermogen ».

20.3. Dans le texte néerlandais de l'article 19/5, § 4, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, il y a lieu d'écrire « samengevoegd » au lieu de « samengeteld ».

21.1. Dans le texte néerlandais de l'article 19/7, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira chaque fois « commissie » plutôt que « Commissie » et « de aanvrager » plutôt que « de eiser ». En outre, on écrira « bestemming » au lieu de « geadresseerde ».

21.2. L'article 19/7, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 doit viser l'article 19/5, § 2, 4°, du même arrêté royal, et non l'article 19/5, § 1^{er}, alinéa 2, 4°.

22.1. On reformulera le texte néerlandais de l'article 19/10, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 comme suit :

« Na onderzoek van het investeringsdossier herklasseert de commissie de bestaande capaciteit in één van de in artikel 19/1, § 1, eerste lid, bedoelde capaciteitscategorieën ».

Par ailleurs, le texte français de l'article 19/10, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 doit faire référence à l'article 19/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du même arrêté royal, et non à l'article 19/1, alinéa 1^{er}.

22.2. Dans le texte néerlandais de l'article 19/10, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « klassering » au lieu de « indeling » et « om hem in staat te stellen binnen tien werkdagen zijn opmerkingen over te maken » au lieu de « zodat deze binnen tien werkdagen opmerkingen kan maken ».

Article 19

23.1. Dans le texte néerlandais de l'article 19/11, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, on écrira « offerte » en lieu et place de « bieding ».

23.2. Dans le texte néerlandais de l'article 19/11, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, il convient d'écrire « controle ex post » au lieu de « evaluatie » et « herklasseren » au lieu de « opnieuw indelen ».

Article 21

24.1. Conformément à l'article 21, à l'exception des articles 10 et 14 qui entrent en vigueur le jour de la publication de l'arrêté au *Moniteur belge*, l'arrêté envisagé n'entrera en vigueur qu'après la publication d'un avis confirmant que la Commission européenne a déclaré le dispositif en projet compatible avec la législation relative aux aides d'État ou que les délais impartis pour l'examen par la Commission européenne sont expirés.

24.2. À moins qu'un motif particulier ne justifie de déroger au délai habituel d'entrée en vigueur des arrêtés, il faut renoncer à l'entrée en vigueur immédiate des articles 10 et 14 du projet, afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

24.3. Par ailleurs, le procédé visé ne peut être suivi que si la décision de la Commission européenne ne donne lieu à aucune adaptation de l'arrêté envisagé. Si cette décision est formulée d'une manière conditionnelle et si ces conditions requièrent une adaptation de l'arrêté envisagé, un texte adapté devra (de nouveau) être soumis à l'avis du Conseil d'État. Si, dans la décision de la Commission européenne, des conditions éventuelles requièrent une adaptation de l'arrêté envisagé au moyen d'un arrêté ultérieur, cette disposition d'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé devra également être remplacée pour que les adaptations puissent encore entrer en vigueur ¹⁴.

25. Dans le texte néerlandais de l'article 21, alinéa 1^{er}, 1°, du projet, on écrira « besluit geen » au lieu de « besluitgeen ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Eline YOSHIMI

Pierre LEFRANC

¹⁴ Comparez avec l'avis C.E. 73.304/3 du 28 avril 2023, observation 5.