



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.018/3
van 14 april 2021

avis 69.018/3
du 14 avril 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 april 2019 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, wat betreft de minimum inhoud van het type-aansluitingscontract bedoeld in artikel 169 en tot wijziging van de procedure tot behandeling van een aansluitingsaanvraag rekening houdende met het capaciteitsvergoedingsmechanisme'

un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 22 avril 2019 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci, en ce qui concerne le contenu minimal du contrat type de raccordement visé à l'article 169 et portant la modification de la procédure de traitement d'une demande de raccordement en tenant compte du mécanisme de rémunération de capacité'

Op 15 maart 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 april 2019 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, wat betreft de minimum inhoud van het type-aansluitingscontract bedoeld in artikel 169 en tot wijziging van de procedure tot behandeling van een aansluitingsaanvraag rekening houdende met het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

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

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 april 2021.

*

Le 15 mars 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 22 avril 2019 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci, en ce qui concerne le contenu minimal du contrat type de raccordement visé à l'article 169 et portant la modification de la procédure de traitement d'une demande de raccordement en tenant compte du mécanisme de rémunération de capacité’.

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

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 avril 2021.

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit brengt een aantal wijzigingen aan in het koninklijk besluit van 22 april 2019 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’ (hierna: het reglement). Enerzijds wordt de minimuminhoud van het type-aansluitingscontract bedoeld in artikel 169 van het reglement aangevuld, teneinde een termijn op te leggen waarbinnen de toegewezen capaciteit moet worden aangewend via de aansluiting en te voorzien in mechanismen om die termijn af te dwingen. Anderzijds wordt de procedure voor het behandelen van een aansluitingsaanvraag gewijzigd om rekening te houden met het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: het CRM).

2.2. Artikel 1 van het ontwerp vult artikel 166 van het reglement aan met bepalingen die ertoe strekken om de aanvrager van een aansluiting te verplichten binnen een in het aansluitingscontract vermelde termijn de aansluiting effectief in gebruik te nemen. Artikel 2 voegt aan artikel 167 van het reglement een aantal gevallen toe waarin de transmissienetbeheerder het aansluitingscontract moet beëindigen, namelijk wanneer de aansluiting niet tijdig in gebruik werd genomen of een al in gebruik genomen aansluiting gedurende meer dan twee opeenvolgende jaren niet meer werd geëxploiteerd. Bovendien wordt in een regeling voorzien voor de gevallen waarin de reservatie van capaciteit in het kader van het CRM wordt geannuleerd bij niet-deelname of niet-selectie. Artikel 3 vult de minimuminhoud van het type-aansluitingscontract bedoeld in artikel 169 van het reglement aan met bepalingen over de termijn waarbinnen de aansluiting effectief in gebruik moet worden genomen en over het verband tussen de aansluiting en de deelname aan het CRM.

2.3. Artikel 4 voert in het reglement een nieuw hoofdstuk in over het CRM.

Het ontworpen artikel 169/1 van het reglement (artikel 5) verplicht bestaande houders van een aansluitingscontract om tijdig mee te delen of ze zullen participeren of niet in het CRM. Indien niet tijdig wordt geantwoord, kan de aansluiting worden beïnvloed door het resultaat van de veiling. Indien een houder van reeds toegewezen maar onbenutte capaciteit niet deelneemt aan de veiling, geen tijdige kennisgeving doet en de aansluiting effectief wordt beïnvloed door het resultaat van de veiling, stelt de transmissienetbeheerder een nieuwe technische oplossing voor en kan een nieuw aansluitingscontract worden gesloten (§ 2). Bij een tijdige kennisgeving wordt geen afbreuk gedaan aan de toegewezen aansluitingscapaciteit (§ 3). In het jaar van de veiling wordt een tijdelijke opschorting ingesteld voor de behandeling van aansluitingsaanvragen die door het CRM zouden kunnen worden beïnvloed vanaf tien werkdagen na de bekendmaking van de werkingsregels van de veiling tot en met de dag na de bekendmaking van de resultaten van de veiling (§ 4).

Het ontworpen artikel 169/2 van het reglement (artikel 6) voorziet in een procedure waarbij deelnemers aan het CRM die nog niet beschikken over gereserveerde of toegewezen capaciteit een CRM-detailstudie kunnen aanvragen, wat in essentie een aansluitingsaanvraag is “met als enige verschil dat een akkoord betreffende de technische oplossing, en zodoende de verzending door de transmissienetbeheerder aan de aanvrager van de detailstudie, geen recht verleent op een reservatie van de overeenstemmende capaciteit overeenkomstig artikel 160, §§ 3 en 5, van dit besluit voorafgaand aan de datum van de publicatie van de resultaten van de in het betreffende jaar georganiseerde veiling”¹.

Het ontworpen artikel 169/3 van het reglement (artikel 7) bepaalt wat de gevolgen zijn voor de aanvragers die geselecteerd (§ 1), of niet geselecteerd worden (§ 2).

2.4. Artikel 8 van het ontwerp stemt de overgangsbepaling vervat in artikel 375 van het reglement af op de bij het ontwerp aangebrachte wijzigingen.

RECHTSGROND

3.1. Voor het ontwerp wordt rechtsgrond gezocht in artikel 11 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet).

In de aanhef van het ontwerp wordt ook nog verwezen naar de artikelen 37 en 108 van de Grondwet, doch het inroepen van die bepalingen is overbodig.

3.2. Zoals ook de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: de CREG) opmerkt in haar advies², heeft het Hof van Justitie³ recent geoordeeld dat de door artikel 11 van de Elektriciteitswet voorgeschreven vaststelling van het technisch reglement door de Koning een inbreuk vormt op de prerogatieven van de regulator, in de mate dat die betrekking heeft op aangelegenheden die door de CREG moeten worden vastgesteld volgens artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72⁴, intussen artikel 59, lid 7, van richtlijn (EU) 2019/944⁵. Het Hof stelt dienaangaande het volgende:

“99 Wat in de tweede plaats de zaak ten gronde betreft, bepalen artikel 37, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/73 dat de regulerende instantie bevoegd is voor de vaststelling of de goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en toegang tot nationale netten, de voorwaarden inzake de verstrekking van balanceringsdiensten en de voorwaarden inzake toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur, inclusief de procedures voor de toewijzing van capaciteit en congestiebeheer, en dat die instantie de

¹ Dit laatste zinsdeel ontbreekt in de Franse tekst van het ontwerp.

² CREG, advies (A) 2186 van 21 januari 2021, punten 8-13.

³ HvJ 3 december 2020, *Commissie t. België*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984.

⁴ Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’.

⁵ Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’.

transmissiesysteembeheerders of marktdeelnemers mag verzoeken om wijzigingen in hun congestiebeheersprocedures, inclusief de toewijzing van capaciteit, die zij aan die instantie moeten voorleggen.

100 Uit overweging 34 van richtlijn 2009/72 en overweging 33 van richtlijn 2009/73 volgt dat het voor de goede werking van de interne markt voor elektriciteit en aardgas noodzakelijk is dat de regulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en dat zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen.

101 *In casu* verlenen artikel 11 van de elektriciteitswet en artikel 15/5^{undecies} van de aardgaswet de Koning de bevoegdheid om respectievelijk het technisch reglement voor het beheer van het elektriciteitstransmissienet en de toegang ertoe alsook de gedragscode met betrekking tot de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de installatie voor LNG vast te stellen.

102 Volgens deze bepalingen kan de Koning bij de vaststelling van dat technisch reglement en die gedragscode bepaalde eisen en operationele regels alsook een aantal modaliteiten, voorwaarden en gegevens bepalen die overeenkomstig artikel 37, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/73 onder de bevoegdheid van de regulerende instantie moeten vallen.

103 Zo bepaalt onder meer artikel 11, tweede alinea, 1° en 5°, van de elektriciteitswet dat het technisch reglement de termijnen voor aansluiting bepaalt alsook welke gegevens de netgebruikers aan de netbeheerder moeten verstrekken. Voorts bepaalt artikel 15/5^{undecies} van de aardgaswet in de tweede alinea, 1°, 2°, 4° en 7°, dat de gedragscode voorziet in de procedures en regels inzake de aanvraag van toegang tot het net, de gegevens die de netgebruikers aan de netbeheerder moeten verstrekken, de termijnen waarbinnen de netbeheerder moet antwoorden op de aanvragen om toe te treden tot zijn net en zijn installatie, alsook de basisbeginselen met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet en, anderzijds, de gebruikers voor de toegang tot het aardgasvervoersnet.

104 Aldus is bepaald dat het technisch reglement en de gedragscode regels, gegevens en beginselen vastleggen met betrekking tot de voorwaarden inzake de aansluiting op en toegang tot nationale netten in de zin van artikel 37, lid 6, onder a), van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder a), van richtlijn 2009/73. Volgens deze bepalingen van Unierecht moet evenwel de regulerende instantie bevoegd moet zijn voor de vaststelling of de goedkeuring van deze voorwaarden of ten minste van de methoden voor het vastleggen daarvan.

105 Evenzo bepaalt artikel 11, tweede alinea, 2° en 7°, van de elektriciteitswet dat het technisch reglement de operationele regels bepaalt waaraan de netbeheerder bij zijn technisch beheer van de elektriciteitsstromen is onderworpen, en dat overeenkomstig dat technisch reglement de contracten van de netbeheerder met betrekking tot de toegang tot het net de toepassingsmodaliteiten hiervan voor de gebruikers van het net, de distributeurs of de tussenpersonen op een niet-discriminatoire manier verduidelijken. Voorts bepaalt artikel 15/5^{undecies}, tweede alinea, 5° en 9°, van de aardgaswet dat de gedragscode de maatregelen bepaalt om elke discriminatie tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het aardgasvervoersnet te vermijden, alsook de basisbeginselen met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet en, anderzijds, de gebruikers van het aardgasvervoersnet inzake het gebruik ervan.

106 Bijgevolg kunnen de regels, maatregelen en beginselen die aldus door het technisch reglement en de gedragscode zijn bepaald, betrekking hebben op de voorwaarden inzake de verstrekking van balanceringsdiensten, die billijk en non-discriminatoir moeten zijn. Volgens artikel 37, lid 6, onder b), van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder b), van richtlijn 2009/73 moet echter de regulerende instantie bevoegd zijn voor de vaststelling of de goedkeuring van deze voorwaarden of ten minste van de methoden voor het vastleggen daarvan.

107 Bovendien bepaalt artikel 11, tweede alinea, 2° en 6°, van de elektriciteitswet dat het technisch reglement de operationele regels bepaalt waaraan de netbeheerder bij de maatregelen die hij dient te treffen om het hoofd te bieden aan problemen van overbelasting is onderworpen, alsook de informatie die door de netbeheerder moet worden verstrekt aan de beheerders van andere elektriciteitsnetten waaraan het transmissienet is gekoppeld, teneinde een veilige en efficiënte exploitatie, een gecoördineerde ontwikkeling en de interoperabiliteit van het koppelnet te waarborgen. Voorts bepaalt artikel 15/5^{undecies}, tweede alinea, 9°, van de aardgaswet dat de gedragscode de basisbeginselen bepaalt met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet en, anderzijds, de gebruikers van het aardgasvervoersnet, inzake onderhandelingen over de toegang tot vervoer en over het congestiebeheer.

108 Bijgevolg kunnen de regels, informatie en beginselen die aldus zijn bepaald door het technisch reglement en de gedragscode betrekking hebben op de toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur, inclusief de procedures voor de toewijzing van capaciteit en congestiebeheer. Volgens artikel 37, lid 6, onder c), van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder c), van richtlijn 2009/73 moet evenwel de regulerende instantie bevoegd zijn voor de vaststelling of de goedkeuring van die toegang en die procedure of ten minste van de methoden voor het vastleggen daarvan, aangezien die instantie overigens krachtens lid 9 van die artikelen bevoegd is voor het monitoren van het congestiebeheer.

109 In een dergelijke context ontnemt de tussenkomst van de Koning in de vaststelling een aantal voorwaarden die volgens de richtlijnen 2009/72 en 2009/73 door de CREG zelf zouden moeten worden vastgesteld en goedgekeurd, aan deze laatste regelgevingsbevoegdheden die haar toekomen (zie naar analogie arrest van 29 oktober 2009, Commissie/België, C-474/08, niet gepubliceerd, EU:C:2009:681, punt 29).

110 Opgemerkt moet worden dat de CREG als regulerende instantie haar besluiten zelfstandig en louter op grond van het algemeen belang moet kunnen nemen om de naleving van de door die richtlijn nagestreefde doelen te eerbiedigen, zonder daarbij onderworpen te zijn aan externe instructies van andere organen zoals de Koning (zie naar analogie arrest van 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky, C-378/19, EU:C:2020:462, punt 54).

111 Hieraan moet worden toegevoegd dat het betoog van het Koninkrijk België niet kan leiden tot afwijzing van het tweede onderdeel van het tweede middel.

112 Dienaangaande zijn de op verordeningen nr. 714/2009 en nr. 715/2009 gebaseerde argumenten niet relevant, aangezien die verordeningen betrekking hebben op de voorwaarden inzake toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel en niet strekken tot wijziging van de richtlijnen 2009/72 en 2009/73 die het voorwerp zijn van het onderhavige beroep en die betrekking hebben op de bevoegdheid van de regulerende instantie voor de vaststelling of de goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van onder meer de voorwaarden inzake de aansluiting en toegang tot de nationale netten.

113 Met betrekking tot de argumenten inzake de verordeningen 2016/631, 2016/1388 en 2016/1447, de intrekking van artikel 5 van richtlijn 2009/72 en de vaststelling van het technisch reglement zij eraan herinnerd dat het bestaan van een niet-nakoming volgens vaste rechtspraak moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, en dat het Hof geen rekening kan houden met sindsdien opgetreden wijzigingen (arrest van 15 maart 2017, Commissie/Spanje, C-563/15, niet gepubliceerd, EU:C:2017:210, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze verordeningen, alsook de intrekking van artikel 5 van richtlijn 2009/72 en de vaststelling van het technisch reglement kunnen derhalve niet in aanmerking worden genomen bij het onderzoek van het onderhavige beroep, aangezien deze dateren van na de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn.

114 Hoewel de verordeningen 2016/631, 2016/1388 en 2016/1447 ertoe strekken geharmoniseerde regels voor de aansluiting van de netten vast te stellen, hebben zij hoe dan ook niet tot doel om de in artikel 37, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/73 vastgestelde bevoegdheidsregels te wijzigen, noch om de lidstaten te ontheffen van de verplichting om deze bepalingen om te zetten.

115 Derhalve moet worden vastgesteld dat het Koninkrijk België de verplichtingen die op hem rusten krachtens de richtlijnen 2009/72 en 2009/73 niet is nagekomen door artikel 37, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/72 en artikel 41, lid 6, onder a) tot en met c), en lid 9, van richtlijn 2009/73 niet naar behoren te hebben omgezet.”

3.3. Het merendeel van de in het ontwerp vervatte wijzigingen kunnen worden betrokken op aangelegenheden die, zoals in voornoemd arrest wordt uitgelegd, binnen de exclusieve bevoegdheid van de CREG vallen. Voor het nemen van het voorliggende (ontwerp)besluit kan dan ook door de Koning niet langer een beroep worden gedaan op artikel 11 van de Elektriciteitswet zonder daarbij in strijd te handelen met (het thans geldende) artikel 59, lid 7, van richtlijn (EU) 2019/944. Aangezien echter ook de CREG niet gemachtigd is om rechtstreeks met toepassing van die richtlijn verplichtingen op te leggen aan particulieren in weerwil van strijdige bepalingen van nationaal recht,⁶ moet worden geconcludeerd dat eerst artikel 11 van de Elektriciteitswet in overeenstemming moet worden gebracht met de richtlijn, alvorens de ontworpen wijzigingen door de in overeenstemming met de richtlijn bevoegde regelgever kunnen worden tot stand gebracht.

⁶ HvJ 24 juni 2019, *Popławski*, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punten 59-67.

3.4. De gemachtigde stelde dienaangaande nog het volgende:

“Het voorontwerp van wet dat tegemoet komt aan arrest HvJ 3 december 2020, Commissie t. België, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984 werd op 1 april laatsleden in de rol van de afdeling wetgeving ingeschreven met als rolnummer 69.159.^[7] Zodra het wetsontwerp aangenomen is zal het hele koninklijk besluit van 22 april 2019 herzien moeten worden. Het voorontwerp voorziet daarvoor een overgangstermijn tot de eerste dag van de twaalfde maand na die waarin ze is gepubliceerd in het Staatsblad, een termijn die door de Koning op voorstel van de CREG kan ingekort worden. In afwachting daarvan blijft het KB van 22 april 2019 gelden, en vandaar ook de voorgestelde wijziging van dat KB.”

3.5 Of met het aangehaalde voorontwerp van wet wel degelijk wordt tegemoetgekomen aan het voornoemde arrest, zal te gepasten tijde worden beoordeeld naar aanleiding van het onderzoek ervan. In elk geval dient de Raad van State, afdeling Wetgeving, thans te oordelen dat het voorliggende ontworpen besluit op grond van het huidige artikel 11 van de Elektriciteitswet niet door de Koning op een met het Europese recht conforme wijze kan worden genomen. Het ontwerp kan dan ook in de huidige stand van de wetgeving geen doorgang vinden. Om die reden ziet de afdeling Wetgeving af van een nader onderzoek ervan.

*

⁷ Adviesaanvraag 69.159/3 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’.

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 sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis apporte un certain nombre de modifications dans l'arrêté royal du 22 avril 2019 'établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci' (ci-après : le règlement). D'une part, le contenu minimum du contrat type de raccordement visé à l'article 169 du règlement est complété, afin d'imposer un délai dans lequel la capacité attribuée doit être utilisée via le raccordement, et de prévoir des mécanismes permettant de faire respecter ce délai. D'autre part, la procédure de traitement d'une demande de raccordement est modifiée pour tenir compte du mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : le CRM).

2.2. L'article 1^{er} du projet complète l'article 166 du règlement par des dispositions visant à obliger le demandeur d'un raccordement à effectivement mettre en service ce dernier dans un délai mentionné dans le contrat de raccordement. L'article 2 ajoute à l'article 167 du règlement un certain nombre de cas dans lesquels le gestionnaire du réseau de transport doit résilier le contrat de raccordement, à savoir lorsque le raccordement n'a pas été mis en service à temps ou lorsqu'un raccordement déjà mis en service n'a pas été utilisé pendant plus de deux années consécutives. Par ailleurs, un régime est prévu pour les cas dans lesquels la réservation de capacité dans le cadre du CRM est annulée en cas de non-participation ou de non-sélection. L'article 3 complète le contenu minimum du contrat type de raccordement visé à l'article 169 du règlement par des dispositions relatives au délai de mise en service effective du raccordement et au rapport entre le raccordement et la participation au CRM.

2.3. L'article 4 insère dans le règlement un nouveau chapitre portant sur le CRM.

L'article 169/1, en projet, du règlement (article 5) oblige les titulaires actuels d'un contrat de raccordement à communiquer à temps s'ils participeront ou non au CRM. À défaut de réponse dans les temps, le raccordement peut être influencé par le résultat de la mise aux enchères. Si le détenteur d'une capacité déjà attribuée mais non utilisée ne participe pas à la mise aux enchères, ne fait pas de notification en temps utile et si le raccordement est effectivement influencé par le résultat de cette mise aux enchères, le gestionnaire du réseau de transport soumet une nouvelle solution technique et peut conclure un nouveau contrat de raccordement (§ 2). En cas de notification en temps utile, la capacité de raccordement attribuée n'est pas affectée (§ 3). Au cours de l'année de la mise aux enchères, une suspension temporaire pour le traitement de demandes de raccordement susceptibles d'être influencées par le CRM est organisée à partir de dix jours ouvrables après la publication des règles de fonctionnement de la mise aux enchères jusqu'au jour suivant la publication des résultats de la mise aux enchères (§ 4).

L'article 169/2, en projet, du règlement (article 6) prévoit une procédure permettant aux participants au CRM qui ne disposent pas encore de capacité réservée ou attribuée de demander une étude de détail CRM, laquelle est essentiellement une demande de raccordement « à la seule différence que [...] l'envoi par le gestionnaire du réseau de transport au demandeur de l'étude de détail matérialisant l'accord sur la solution technique, ne donne pas droit à une réservation de la capacité correspondante », conformément à l'article 160, §§ 3 et 5, de cet arrêté, préalablement à la date de la publication des résultats de la mise aux enchères organisée au cours de l'année concernée ¹.

L'article 169/3, en projet, du règlement (article 7), détermine les conséquences pour les demandeurs qui sont sélectionnés (§ 1^{er}) ou non (§ 2).

2.4. L'article 8 du projet aligne la disposition transitoire contenue à l'article 375 du règlement sur les modifications apportées par le projet.

FONDEMENT JURIDIQUE

3.1. Le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 11 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité).

Le préambule du projet vise encore les articles 37 et 108 de la Constitution, mais il est inutile d'invoquer ces dispositions.

3.2. Comme l'observe également la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) dans son avis ², la Cour de Justice ³ a récemment jugé que l'établissement du règlement technique par le Roi, prescrit par l'article 11 de la loi sur l'électricité, constitue une infraction aux prérogatives du régulateur, dans la mesure où elle porte sur des aspects qui doivent être établis par la CREG selon l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72 ⁴, devenu l'article 59, paragraphe 7, de la directive (UE) 2019/944 ⁵. La Cour déclare ce qui suit à ce sujet :

« 99 S'agissant, en second lieu, du fond, l'article 37, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/72 et l'article 41, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/73 prévoient que c'est à l'autorité de régulation qu'il appartient de fixer ou d'approuver au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, les conditions de la prestation de services d'ajustement ou d'équilibrage et l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion, ainsi que de demander la modification par les gestionnaires de réseau de

¹ Ce dernier segment de phrase est absent dans le texte français du projet.

² CREG, avis (A) 2186 du 21 janvier 2021, points 8-13.

³ C.J.U.E., 3 décembre 2020, *Commission c. Belgique*, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984.

⁴ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE'.

⁵ Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE'.

transport ou les opérateurs du marché de leurs règles de gestion de la congestion, y compris l'attribution des capacités, qu'ils sont obligés de soumettre à ladite autorité.

100 Ainsi qu'il ressort du considérant 34 de la directive 2009/72 et du considérant 33 de la directive 2009/73, pour le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel, il convient que les régulateurs soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés.

101 Or, en l'espèce, l'article 11 de la loi sur l'électricité et l'article 15/5 *undecies* de la loi sur le gaz naturel donnent au Roi le pouvoir d'établir respectivement le règlement technique pour la gestion du réseau de transport d'électricité et l'accès à ce dernier ainsi que le code de bonne conduite en matière d'accès au réseau de transport de gaz naturel, à l'installation de stockage de gaz naturel et à l'installation de GNL.

102 Selon ces dispositions, en établissant ce règlement technique et ce code de bonne conduite, le Roi peut définir certaines exigences et règles opérationnelles, ainsi que plusieurs modalités, conditions et informations qui, en vertu de l'article 37, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/72 ainsi que l'article 41, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/73, devraient relever de la compétence de l'autorité de régulation.

103 Ainsi, notamment, l'article 11, deuxième alinéa, 1° et 5°, de la loi sur l'électricité prévoit que le règlement technique définit les délais de raccordement, ainsi que les informations à fournir par les utilisateurs du réseau au gestionnaire de ce dernier. Par ailleurs, l'article 15/5 *undecies* de la loi sur le gaz naturel prévoit, à son deuxième alinéa, 1°, 2°, 4° et 7°, que le code de bonne conduite définit les procédures et modalités de demandes d'accès au réseau, les informations à fournir par les utilisateurs du réseau au gestionnaire de ce dernier, les délais dans lesquels le gestionnaire du réseau doit répondre aux demandes d'accès à son réseau et à ses installations, ainsi que les principes de base relatifs aux droits et obligations, d'une part, du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel et, d'autre part, des utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel pour l'accès à celui-ci.

104 Ce faisant, il est prévu que le règlement technique et le code de bonne conduite déterminent des règles, des informations et des principes relatifs aux conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, au sens de l'article 37, paragraphe 6, sous a), de la directive 2009/72 et de l'article 41, paragraphe 6, sous a), de la directive 2009/73. Or, selon ces dispositions de droit de l'Union, l'autorité de régulation devrait être en charge de fixer ou d'approuver ces conditions ou, au moins, les méthodes utilisées pour les établir.

105 De même, l'article 11, deuxième alinéa, 2° et 7°, de la loi sur l'électricité prévoit que le règlement technique définit les règles opérationnelles auxquelles le gestionnaire du réseau est soumis dans sa gestion technique des flux d'électricité et que c'est en conformité avec ce règlement technique que les contrats du gestionnaire du réseau relatifs à l'accès au réseau précisent les modalités d'application de celui-ci pour les utilisateurs du réseau de manière non discriminatoire. Par ailleurs, l'article 15/5 *undecies*, deuxième alinéa, 5° et 9°, de la loi sur le gaz naturel prévoit que le code de bonne conduite définit les mesures visant à éviter toute discrimination entre des utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, ainsi que les principes de base relatifs aux droits et obligations, d'une part, du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel et, d'autre part, des utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel en matière d'utilisation de celui-ci.

106 Ce faisant, les règles, les mesures et les principes qui sont ainsi définis par le règlement technique et le code de bonne conduite peuvent couvrir les conditions de la prestation de services, respectivement, d'ajustement et d'équilibrage, qui doivent être équitables et non discriminatoires. Or, selon l'article 37, paragraphe 6, sous b), de la directive 2009/72 et l'article 41, paragraphe 6, sous b), de la directive 2009/73, l'autorité de régulation devrait être en charge de fixer ou d'approuver ces conditions ou, au moins, les méthodes utilisées pour les établir.

107 De plus, l'article 11, deuxième alinéa, 2° et 6°, de la loi sur l'électricité prévoit que le règlement technique définit les règles opérationnelles auxquelles le gestionnaire du réseau est soumis dans les actions qu'il doit entreprendre en vue de remédier aux problèmes de congestion, ainsi que les informations à fournir par le gestionnaire du réseau aux gestionnaires des autres réseaux électriques avec lesquels le réseau de transport est interconnecté, en vue d'assurer une exploitation sûre et efficace, un développement coordonné et l'interopérabilité du réseau interconnecté. Par ailleurs, l'article 15/*undecies*, deuxième alinéa, 9°, de la loi sur le gaz naturel prévoit que le code de bonne conduite définit les principes de base relatifs aux droits et obligations, d'une part, du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel et, d'autre part, des utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, en matière de négociation pour l'accès aux capacités de transports et pour la gestion des congestions.

108 Ce faisant, les règles, les informations et les principes qui sont ainsi définis par le règlement technique et le code de bonne conduite peuvent couvrir l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion. Or, selon l'article 37, paragraphe 6, sous c), de la directive 2009/72 et l'article 41, paragraphe 6, sous c), de la directive 2009/73, c'est l'autorité de régulation qui devrait être en charge de fixer ou d'approuver ces accès et procédures ou, au moins, les méthodes utilisées pour les établir, cette autorité étant, au demeurant, chargée de surveiller la gestion de la congestion, en vertu du paragraphe 9 de chacun de ces articles.

109 Dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination de plusieurs conditions qui devraient, selon les directives 2009/72 et 2009/73, être établies ou approuvées par la CREG elle-même, soustrait à cette dernière des compétences de réglementation qui devraient lui revenir (voir, par analogie, arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Belgique*, C- 474/08, non publié, EU:C:2009:681, point 29).

110 Il convient de relever que, en tant qu'autorité de régulation, la CREG devrait pouvoir adopter ses décisions de manière autonome, sur le seul fondement de l'intérêt public, pour assurer le respect des objectifs poursuivis par ladite directive, sans être soumise à des instructions externes provenant d'autres organes, tels que le Roi (voir, par analogie, arrêt du 11 juin 2020, *Prezident Slovenskej republiky*, C-378/19, EU:C:2020:462, point 54).

111 Il importe d'ajouter que l'argumentation invoquée par le Royaume de Belgique n'est pas de nature à écarter la seconde branche du second grief.

112 À cet égard, l'argumentation fondée sur les règlements n^{os} 714/2009 et 715/2009 n'est pas pertinente, dès lors que ceux-ci portent sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers et n'ont pas pour objet de modifier les dispositions des directives 2009/72 et 2009/73 visées par le présent recours, qui concernent la compétence de l'autorité de régulation de fixer ou d'approuver au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir notamment les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux.

113 S'agissant de l'argumentation relative aux règlements 2016/631, 2016/1388 et 2016/1447, à l'abrogation de l'article 5 de la directive 2009/72 et à l'adoption du règlement technique, il convient de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé et que les changements éventuels intervenus par la suite ne sauraient être pris en compte par la Cour (arrêt du 15 mars 2017, *Commission/Espagne*, C-563/15, non publié, EU:C:2017:21016, point 25 et jurisprudence citée). Ces règlements, ainsi que l'abrogation de l'article 5 de la directive 2009/72 et l'adoption du règlement technique, ne peuvent être par conséquent pris en compte dans le cadre de l'examen du présent recours, car ils sont intervenus après l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé.

114 En tout état de cause, si les règlements 2016/631, 2016/1388 et 2016/1447 ont pour objet d'établir des règles harmonisées concernant le raccordement des réseaux, ils ne visent pas à modifier les règles de compétence telles qu'elles sont prévues à l'article 37, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/72 ainsi qu'à l'article 41, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/73, ni à exempter les États membres de l'obligation de transposition de ces dispositions.

115 Il convient en conséquence de constater que le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 2009/72 et 2009/73, en ayant omis de transposer correctement l'article 37, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/72 ainsi que l'article 41, paragraphe 6, sous a) à c), et paragraphe 9, de la directive 2009/73 ».

3.3. La plupart des modifications prévues dans le projet peuvent se rapporter à des aspects qui, comme l'expose l'arrêt précité, relèvent de la compétence exclusive de la CREG. Pour l'adoption l'arrêté (en projet) à l'examen, le Roi ne peut donc plus recourir à l'article 11 de la loi sur l'électricité sans méconnaître à cet égard l'article 59, paragraphe 7, (actuellement en vigueur) de la directive (UE) 2019/944. Toutefois, dès lors que la CREG n'est pas non plus habilitée, en application de cette directive, à imposer directement des obligations à des particuliers en dépit de dispositions de droit national contraires⁶, force est de conclure que l'article 11 de la loi sur l'électricité doit d'abord être mis en conformité avec la directive, avant que les modifications en projet puissent être adoptées par l'autorité réglementaire compétente conformément à la directive.

3.4. Le délégué a encore déclaré ce qui suit à ce sujet :

« Het voorontwerp van wet dat tegemoet komt aan arrest HvJ 3 december 2020, Commissie t. België, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984 werd op 1 april laatsleden in de rol van de afdeling wetgeving ingeschreven met als rolnummer 69.159.^[7] Zodra het wetsontwerp aangenomen is zal het hele koninklijk besluit van 22 april 2019 herzien moeten worden. Het voorontwerp voorziet daarvoor een overgangstermijn tot de eerste dag van de twaalfde maand na die waarin ze is gepubliceerd in het Staatsblad, een termijn die door de Koning op voorstel van de CREG kan ingekort worden. In afwachting daarvan blijft het KB van 22 april 2019 gelden, en vandaar ook de voorgestelde wijziging van dat KB ».

⁶ C.J.U.E., 24 juin 2019, *Popławski*, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, points 59–67.

⁷ Demande d'avis 69.159/3 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations'.

3.5 La question de savoir si l'avant-projet de loi cité répond effectivement à l'arrêt précité sera appréciée en temps opportun dans le cadre de son examen. En tout état de cause, le Conseil d'État, section de législation, doit pour l'heure juger que, sur la base de l'actuel article 11 de la loi sur l'électricité, l'arrêté en projet à l'examen ne peut pas être pris par le Roi d'une manière conforme au droit de l'Union européenne. Par conséquent, dans l'état actuel de la législation, le projet ne peut pas se concrétiser. Pour ce motif, la section de législation renonce à l'examiner plus avant.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH