



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 71.206/3
van 24 maart 2022

avis 71.206/3
du 24 mars 2022

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘betreffende de toekenning van de
individuele vergunningen voor de bouw
en exploitatie van
energieopslagfaciliteiten waarvoor een
prekwalificatiedossier wordt ingediend
in het jaar 2022 overeenkomstig artikel
7undecies, § 8, van de wet van
29 april 1999 betreffende de organisatie
van de elektriciteitsmarkt’

un projet d’arrêté royal ‘relatif à
l’octroi des autorisations individuelles
couvrant l’établissement et
l’exploitation des installations de
stockage d’énergie pour lesquelles,
en 2022, un dossier de préqualification
sera introduit conformément à l’article
7undecies, § 8, de la loi du
29 avril 1999 relative à l’organisation
du marché de l’électricité’

Op 17 maart 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de toekenning van de individuele vergunningen voor de bouw en exploitatie van energieopslagfaciliteiten waarvoor een prekwalificatiedossier wordt ingediend in het jaar 2022 overeenkomstig artikel 7undecies, § 8, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 22 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 maart 2022.

*

Le 17 mars 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘relatif à l’octroi des autorisations individuelles couvrant l’établissement et l’exploitation des installations de stockage d’énergie pour lesquelles, en 2022, un dossier de préqualification sera introduit conformément à l’article 7undecies, § 8, de la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 22 mars 2022. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Bruno PEETERS, assesseur, et Astrid TRUYENS, greffier.

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

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

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 24 mars 2022.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd door de volgende omstandigheden:

“1° conformément à la loi du 14 février 2022, ce n’est pas seulement les installations de production d’électricité, mais désormais aussi les nouvelles installations de stockage d’énergie qui sont soumis à l’octroi préalable d’une autorisation individuelle visée à l’article 4 de la loi électricité précitée du 29 avril 1999 ;

2° conformément à l’article 7undecies, § 8, alinéa 2, de la loi électricité du 29 avril 1999, tout détenteur d’une capacité de production et tout détenteur d’une installation de stockage d’énergie située dans la zone de réglage belge qui répond aux critères de recevabilité, est tenu d’introduire un dossier de préqualification dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité (CRM) ;

3° conformément à l’article 7undecies, § 10, alinéa 2 de la loi électricité du 29 avril 1999, tout détenteur de capacité dont le dossier répond aux critères de recevabilité ainsi qu’aux critères de préqualification, a le droit de participer à l’enchère ;

4° l’article 7undecies, § 8, alinéa 4, de la loi électricité du 29 avril 1999, stipule qu’un détenteur de capacité qui est soumis à autorisation en application de l’article 4, § 1^{er}, et qui n’est pas censé être autorisé conformément à l’article 4, § 6, doit, sous peine d’irrecevabilité du dossier de préqualification, disposer d’une autorisation, telle que visée à l’article 4, pour la capacité en question, ou avoir introduit une demande pour l’obtention d’une autorisation visée à l’article 4 pour cette capacité au plus tard dans les quinze jours suivant la publication de l’instruction d’organiser une mise aux enchères ;

5° conformément à l’article 7undecies, § 6, de la loi électricité précitée du 29 avril 1999, cette instruction doit être donnée au plus tard le 31 mars, et doit être publiée un jour ouvrable suivant, l’obligation précitée en vertu de la loi du 14 février 2022 étant depuis peu également valable pour les installations de stockage d’énergie ;

6° les acteurs du marché, notamment les installations de stockage d’énergie soumises à autorisation dans certains cas depuis la loi du 14 février 2022, doivent avoir des certitudes quant à la procédure d’autorisation et aux critères applicables, de sorte à pouvoir préparer leur demande d’autorisation et l’introduire à temps ;

7° il est donc nécessaire de créer de la clarté au plus vite concernant la procédure et les critères d’autorisation applicables, afin que ceux-ci soient rendus publics au moins quelques semaines avant la date limite d’introduction de la demande et que les opérateurs concernés disposent d’un délai raisonnable pour se préparer. Compte tenu de l’obligation d’autorisation récemment introduite pour les installations de stockage d’énergie dans la loi électricité et du fait que la demande d’autorisation concernée et l’autorisation à obtenir constituent respectivement un critère de recevabilité et de préqualification au sein du CRM, le présent arrêt prévoit déjà une procédure d’autorisation spécifique pour les détenteurs de capacité qui sont tenus de soumettre un dossier de préqualification lors de la prochaine enchère CRM en 2022 et pour les détenteurs de capacité qui sont éligibles et ont l’intention de soumettre un dossier de préqualification lors de l’enchère CRM 2022.”

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit beoogt de procedure en de voorwaarden te bepalen voor de toekenning van de individuele vergunningen voor de bouw en exploitatie van energieopslagfaciliteiten. De ontworpen regeling is evenwel beperkt tot de installaties waarvoor in het jaar 2022 een prekwalificatiedossier wordt ingediend overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 8, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

3.2. Artikel 1 van het ontwerp bevat definities. Artikel 2 bepaalt dat een vergunning is vereist bij verbouwingen of andere aanpassingen aan (bestaande) energieopslagfaciliteiten die aanleiding geven tot een elektriciteitstoename met meer dan tien percent van het netto ontwikkelbaar vermogen van de installatie of met meer dan 25 elektrische megawatt van het netto ontwikkelbaar vermogen van de installatie. Artikel 3, § 1, bepaalt het toepassingsgebied van de vergunningsplicht. Artikel 3, § 2, verwijst, wat betreft de toekenningscriteria, naar artikel 3 van het koninklijk besluit van 11 oktober 2000 ‘betreffende de toekenning van individuele vergunningen voor de bouw van installaties voor de productie van elektriciteit’. Artikel 3, §§ 3 tot 10, regelt de toekenningsprocedure. Wat betreft de gevallen, procedures en voorwaarden voor onder meer de intrekking van de vergunning of bij overdracht van de installatie, verwijst artikel 4 naar de artikelen 7, 8 en 10 van het koninklijk besluit van 11 oktober 2000. De verplichtingen bedoeld in artikel 9 van dat koninklijk besluit moeten eveneens door de vergunninghouder worden nageleefd (artikel 5). Indien de vergunning niet wordt gebruikt binnen vijf jaar na de toekenning ervan, komt ze te vervallen (artikel 6). Artikel 7 voorziet in een opschorting van de vergunning in afwachting van het verkrijgen van een recht op aansluiting op het transmissienet.

Het te nemen besluit treedt in werking op de datum van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 8).

4. De rechtsgrond voor het ontwerp wordt geboden door artikel 4, §§ 1¹, 2 en 3, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

¹ Meer bepaald artikel 4, § 1, derde lid, 1°, van die wet (uitbreiding van de vergunningsplicht tot verbouwingen – zie artikel 2 van het ontwerp).

BEVOEGDHEID

5.1. De federale overheid is overeenkomstig artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ bevoegd voor “de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven”, waaronder “de grote infrastructuren voor de stockering, het vervoer en de produktie van energie”.

5.2. In advies 70.340/3 van 19 november 2021 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 februari 2022 ‘tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’, stelde de Raad van State, afdeling Wetgeving, met betrekking tot die bevoegdheid het volgende:

“4. Overeenkomstig het huidige artikel 4, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 29 april 1999 kan de Koning de bouw van installaties met een laag vermogen vrijstellen van vergunning en onderwerpen aan een procedure van voorafgaande melding aan de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: de CREG). Artikel 3, 4°, van het voorontwerp verruimt die mogelijkheid tot tijdelijke installaties en noodstroomgroepen die in eilandbedrijf kunnen werken.

In advies 57.057/3 van 6 maart 2015 heeft de Raad van State het volgende opgemerkt met betrekking tot een regeling die voorzag in een vergunningsplicht voor de buitenwerkingstelling van niet-nucleaire installaties voor elektriciteitsproductie:²

‘2.1. (...) De federale overheid ontleent haar bevoegdheid om de voorgestelde vergunningsregeling voor de buitenwerkingstelling van installaties voor elektriciteitsproductie in te voeren in beginsel en in hoofdzaak aan haar bevoegdheid voor de grote infrastructuur voor (onder meer) de productie van energie, alsook, aanvullend, aan haar bevoegdheid voor de studies over de perspectieven van energiebevoorrading en voor de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, met uitzondering van de distributienettarieven die tot de bevoegdheid van de gewesten behoren.’³

2.2. De gevolgen die de voorgestelde regeling zou kunnen hebben voor de distributienettarieven waarvoor de gewesten bevoegd zijn⁴, zijn niet van die aard dat de uitoefening van die bevoegdheid onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt. De voorgestelde regeling draagt immers veeleer bij tot de vrijheid van de gewesten om voldoende lage distributienettarieven te kunnen vaststellen, indien zij dat wenselijk achten. De voorgestelde regeling is dus niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

² Voetnoot 2 van het geciteerde advies (70.340): Adv.RvS 57.057/3 van 6 maart 2015 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt wat de procedure voor sluiting van een installatie voor elektriciteitsproductie betreft’, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0464/001.

³ Voetnoot 2 van het geciteerde advies (57.057): Artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), c) en d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

⁴ Voetnoot 3 van het geciteerde advies (57.057): Artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

2.3. Anders is het evenwel voor de gevolgen van de beoogde regeling voor de bevoegdheid van de gewesten inzake nieuwe energiebronnen.⁵ Waar de bestaande regeling enkel voorziet in een verplichte voorafgaandelijke melding van de buitenwerkingstelling van (onder meer) productie-installaties die energie opwekken op basis van hernieuwbare energiebronnen, gekoppeld aan een wachttijd, is dat niet het geval voor de beoogde regeling, waarbij die buitenwerkingstelling enkel mogelijk is na een vergunning.

In het licht van de zo-even geschetste federale bevoegdheden kan zo'n maatregel nog worden aanvaard voor dergelijke productie-installaties met een hoog vermogen, aangezien die een belangrijke rol kunnen spelen in de productie van energie en in de bevoorradingszekerheid. De uitwerking van de beoogde regeling ten aanzien van dergelijke productie-installaties met een laag vermogen, zoals relatief kleine installaties met fotovoltaïsche panelen, is evenwel van die aard dat de uitoefening van de gewestbevoegdheid inzake nieuwe energiebronnen overdreven moeilijk wordt gemaakt. Het gegeven dat de aard van de gebruikte primaire energiebronnen een factor is die bij de beoordeling van de vergunningsaanvraag in acht moet worden genomen,⁶ doet geen afbreuk aan die vaststelling.

Om dit bevoegdheidsprobleem te verhelpen, moet de mogelijkheid waarover de Koning beschikt om installaties met een laag vermogen onder bepaalde voorwaarden vrij te stellen van een vergunningsplicht,⁷ omgevormd worden tot een verplichting, ten minste wat betreft productie-installaties die energie opwekken op basis van hernieuwbare energiebronnen.⁸

Uit dit advies volgt dat, gelet op het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel, de Koning ertoe gehouden is om installaties met een laag vermogen onder bepaalde voorwaarden vrij te stellen van een vergunningsplicht, ten minste wat betreft productie-installaties met een laag vermogen die energie opwekken op basis van hernieuwbare energiebronnen. Dit geldt ook voor de tijdelijke installaties en noodstroomgroepen die in eilandbedrijf kunnen werken, in zoverre die eveneens kunnen worden beschouwd als dergelijke installaties met een laag vermogen die energie opwekken op basis van hernieuwbare energiebronnen.

De ontworpen wijziging zou dan ook beter worden benut om de vrijstelling van de vergunningsplicht voor de betrokken installaties met een laag vermogen rechtstreeks in de wet op te nemen, veeleer dan de Koning tot die vrijstelling te machtigen. Indien dat niet gebeurt, zal de Koning er in elk geval toe gehouden zijn om bevoegdheidsconform uitvoering te geven aan het ontworpen artikel 4, § 1, derde lid, 2°, van de wet van 29 april 1999, hetgeen momenteel het geval lijkt te zijn in het koninklijk besluit van 11 oktober 2000 'betreffende de toekenning van individuele vergunningen voor de bouw van installaties voor de productie van elektriciteit'. Het verdient in dat geval aanbeveling

⁵ Voetnoot 4 van het geciteerde advies (57.057): Artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁶ Voetnoot 5 van het geciteerde advies (57.057): Voorgesteld artikel 4bis, § 2, tweede lid, 3°, van de Elektriciteitswet.

⁷ Voetnoot 6 van het geciteerde advies (57.057): Voorgesteld artikel 4bis, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet.

⁸ Voetnoot 7 van het geciteerde advies (57.057): Het is natuurlijk ook mogelijk om die vrijstelling van de vergunningsplicht in de wet op te nemen.

om de zo-even geschetste verplichting tot bevoegdheidsconforme toepassing in de memorie van toelichting in herinnering te brengen.”⁹

5.3. De aanbeveling van de afdeling Wetgeving in dat advies, om de vrijstelling van de vergunningsplicht voor de betrokken installaties met een laag vermogen rechtstreeks in de wet op te nemen, werd niet gevolgd. Bijgevolg moet de reikwijdte van de vergunningsplicht blijken uit de thans voorliggende uitvoeringsregeling.

5.4. Met het voorliggend ontwerp wordt een vergunningsplicht opgelegd aan:

“1° iedere houder van een energieopslagfaciliteit die overeenkomstig artikel 7undecies, § 8, tweede lid van de wet van 29 april 1999, verplicht is om een prekwalificatiedossier in te dienen, en;

2° elke andere houder van een energieopslagfaciliteit en die overeenkomstig artikel 7undecies, § 8, derde lid van de wet van 29 april 1999 toegestaan is om een prekwalificatiedossier in te dienen en dergelijk dossier beoogt in te dienen.”

5.4.1. Het precieze toepassingsgebied van de vergunningsplicht dient bijgevolg begrepen te worden in het licht van artikel 7undecies, § 8, van de wet van 29 april 1999, en de ontvankelijkheidscriteria die overeenkomstig het eerste lid van die bepaling zijn vastgesteld in het koninklijk besluit van 21 mei 2021 ‘tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7undecies, § 8, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, wat betreft de voorwaarden waaronder de capaciteitshouders die genieten of genoten hebben van steunmaatregelen het recht hebben tot deelname aan de prekwalificatieprocedure en wat betreft de minimumdrempel in MW’. De minimumdrempel voor deelname aan het capaciteitsremuneratiemechanisme (hierna: CRM) wordt in artikel 2, § 1, eerste lid, van dat besluit vastgesteld op 1 MW. Hieruit moet worden afgeleid dat de federale overheid zich voor het reguleren van grote installaties voor de stockering minstens bevoegd acht voor installaties van die omvang.

5.4.2. Die drempel van 1 MW is echter aanzienlijk lager dan de drempel die wordt gehanteerd in het koninklijk besluit van 11 oktober 2000 ‘betreffende de toekenning van individuele vergunningen voor de bouw van installaties voor de productie van elektriciteit’, met betrekking tot de installaties die vrijgesteld zijn van een productievergunning. De drempel voor (grote) productie-installaties ligt immers op 25 MW.

5.4.3. Rekening houdend met de verschillende functie en technische vereisten lijkt het niet onredelijk dat een verschillende drempel wordt gehanteerd voor opslagfaciliteiten en voor productie-installaties. Gelet op het feit dat opslaginstallaties met een vermogen vanaf 1 MW omvangrijk genoeg zijn om een rol te spelen bij het federale CRM, en bovendien significant groter zijn dan bijvoorbeeld de thuisbatterijen die zelfopwekkers van hernieuwbare energie en eigenaars van elektrische wagens gebruiken, lijkt die drempel bevoegdheidsrechtelijk te kunnen worden aangenomen. Bovendien lijkt die drempel op het eerste gezicht niet van dien aard te zijn dat inbreuk

⁹ Adv RvS 70.340/3 van 19 november 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 februari 2022 ‘tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’ *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2364/001, 36-38.

wordt gepleegd op het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel in het licht van de gewestbevoegdheden inzake hernieuwbare energie en rationeel energieverbruik.¹⁰ De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt evenwel niet over het vereiste technische inzicht om dit op sluitende wijze te kunnen beoordelen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

6. De ontworpen regeling geldt enkel voor opslaginstallaties waarvoor een prekwalificatiedossier wordt ingediend in 2022. Gelet op artikel 7*undecies*, § 8, van de wet van 29 april 1999 omvat de regeling alle bestaande installaties in de Belgische regelzone die de drempelwaarde van 1 MW vermogen bereiken en aan de steunvoorwaarde voldoen, en alle toekomstige installaties waarvoor een prekwalificatiedossier wordt ingediend. Dat impliceert dat alle bestaande installaties onder die drempelwaarde en alle toekomstige installaties waarvoor geen prekwalificatiedossier wordt ingediend, die in beginsel ook vergunningsplichtig zijn, geen vergunning kunnen verkrijgen, aangezien er alsnog geen regeling voor is uitgewerkt. Die lacune, waarvoor weliswaar in de aanhef van het voorliggende besluit een regeling wordt aangekondigd, dient mede gelet op het gelijkheidsbeginsel op korte termijn te worden weggewerkt. Uit hetgeen hiervoor is uiteengezet over de bevoegdheid, lijkt bovendien te volgen dat daarbij zal moeten worden voorzien in een permanente vrijstelling voor kleine opslaginstallaties.

Artikel 3

7. Uit artikel 3, §§ 8 en 9, van het ontwerp dient te worden afgeleid dat ten aanzien van de gewesten een “verplichte” adviesverlening wordt ingevoerd, aangezien daarbij een consultatietermijn van twintig werkdagen geldt en bij ontstentenis van advies binnen die termijn het advies als gunstig wordt beschouwd. Een dergelijke regeling is niet in overeenstemming met het autonomiebeginsel. Dit laatste houdt onder meer in dat de federale overheid niet eenzijdig aan de gewesten een adviesverplichting kan opleggen. Teneinde dit te verhelpen, dient de adviesverlening door de gewesten in artikel 3 van het ontwerp op een louter facultatieve basis te worden geregeld. Dit impliceert dat wordt bepaald dat de procedure kan worden voortgezet als er geen advies wordt verleend binnen de termijn van twintig werkdagen, en dus niet dat het advies als gunstig wordt beschouwd na verloop van die termijn.

Artikel 4

8. Artikel 4 van het ontwerp bepaalt dat de artikelen 7, 8 en 10 van het koninklijk besluit van 11 oktober 2000 van toepassing zijn op onder meer de intrekking van de vergunning of

¹⁰ De vraag rijst niettemin of voor opslaginstallaties – in tegenstelling tot productie-installaties – niet ook een bijkomend criterium moet worden gehanteerd met betrekking tot de effectief geleverde stroom. De omvang van een batterij wordt immers niet enkel bepaald door het geïnstalleerde vermogen, maar ook door de duur waarin dat vermogen effectief geleverd kan worden, waarna de batterij opnieuw moet worden opgeladen.

de overdracht van de installatie. Die bepalingen zijn echter in beginsel van toepassing op productie-installaties en kunnen bijgevolg hoogstens *mutatis mutandis* worden toegepast. De steller van het ontwerp dient na te gaan of dit laatste werkbaar is, en of niet beter wordt verwezen naar de procedure waarin wordt voorzien in artikel 3, §§ 3 tot 10, van het ontwerp.

Artikel 6

9. In artikel 6 van het ontwerp wordt het best verduidelijkt welke de gevolgen zijn van een schorsing van de vergunning overeenkomstig artikel 7 van het ontwerp, op de erin bedoelde termijn van vijf jaar.

Artikel 7

10. In lijn met het advies van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)¹¹ verdient het aanbeveling om te definiëren wat in artikel 7 van het ontwerp moet worden begrepen onder “een recht op aansluiting”, een begrip dat als zodanig niet voorkomt of gedefinieerd wordt in het koninklijk besluit van 22 april 2019 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’.

11. Het is niet duidelijk wat het gevolg is van een schorsing van de vergunning overeenkomstig artikel 7 van het ontwerp, voor de toepassing van artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999.

*

¹¹ Advies CREG (A) 2362 van 15 maart 2022, punten 26-29.

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée par les circonstances suivantes :

« 1° conformément à la loi du 14 février 2022, ce n'est pas seulement les installations de production d'électricité, mais désormais aussi les nouvelles installations de stockage d'énergie qui sont soumis à l'octroi préalable d'une autorisation individuelle visée à l'article 4 de la loi électricité précitée du 29 avril 1999 ;

2° conformément à l'article 7undecies, § 8, alinéa 2, de la loi électricité du 29 avril 1999, tout détenteur d'une capacité de production et tout détenteur d'une installation de stockage d'énergie située dans la zone de réglage belge qui répond aux critères de recevabilité, est tenu d'introduire un dossier de préqualification dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité (CRM) ;

3° conformément à l'article 7undecies, § 10, alinéa 2 de la loi électricité du 29 avril 1999, tout détenteur de capacité dont le dossier répond aux critères de recevabilité ainsi qu'aux critères de préqualification, a le droit de participer à l'enchère;

4° l'article 7undecies, § 8, alinéa 4, de la loi électricité du 29 avril 1999, stipule qu'un détenteur de capacité qui est soumis à autorisation en application de l'article 4, § 1^{er}, et qui n'est pas censé être autorisé conformément à l'article 4, § 6, doit, sous peine d'irrecevabilité du dossier de préqualification, disposer d'une autorisation, telle que visée à l'article 4, pour la capacité en question, ou avoir introduit une demande pour l'obtention d'une autorisation visée à l'article 4 pour cette capacité au plus tard dans les quinze jours suivant la publication de l'instruction d'organiser une mise aux enchères;

5° conformément à l'article 7undecies, § 6, de la loi électricité précitée du 29 avril 1999, cette instruction doit être donnée au plus tard le 31 mars, et doit être publiée un jour ouvrable suivant, l'obligation précitée en vertu de la loi du 14 février 2022 étant depuis peu également valable pour les installations de stockage d'énergie;

6° les acteurs du marché, notamment les installations de stockage d'énergie soumises à autorisation dans certains cas depuis la loi du 14 février 2022, doivent avoir des certitudes quant à la procédure d'autorisation et aux critères applicables, de sorte à pouvoir préparer leur demande d'autorisation et l'introduire à temps;

7° il est donc nécessaire de créer de la clarté au plus vite concernant la procédure et les critères d'autorisation applicables, afin que ceux-ci soient rendus publics au moins quelques semaines avant la date limite d'introduction de la demande et que les opérateurs concernés disposent d'un délai raisonnable pour se préparer. Compte tenu de l'obligation d'autorisation récemment introduite pour les installations de stockage d'énergie dans la loi électricité et du fait que la demande d'autorisation concernée et l'autorisation à obtenir constituent respectivement un critère de recevabilité et de préqualification au sein du CRM, le présent arrêt prévoit déjà une procédure d'autorisation spécifique pour les détenteurs de capacité qui sont tenus de soumettre un dossier de préqualification lors de la prochaine enchère CRM en 2022 et pour les détenteurs de capacité qui sont éligibles et ont l'intention de soumettre un dossier de préqualification lors de l'enchère CRM 2022 ».

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend fixer la procédure et les conditions d'octroi des autorisations individuelles couvrant l'établissement et l'exploitation des installations de stockage d'énergie. Toutefois, le dispositif en projet est limité aux installations pour lesquelles un dossier de préqualification sera introduit en 2022, conformément à l'article 7*undecies*, § 8, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

3.2. L'article 1^{er} du projet contient des définitions. L'article 2 dispose qu'une autorisation est requise pour les transformations ou autres aménagements des installations de stockage d'énergie (existantes) s'il résulte de ces adaptations ou aménagements un accroissement supérieur soit à dix p.c. de la puissance nette développable de l'installation soit à 25 mégawatts électriques de la puissance nette développable de l'installation. L'article 3, § 1^{er}, détermine le champ d'application de l'obligation d'autorisation. L'article 3, § 2, se réfère, en ce qui concerne les critères d'attribution, à l'article 3 de l'arrêté royal du 11 octobre 2000 'relatif à l'octroi des autorisations individuelles couvrant l'établissement d'installations de production d'électricité'. L'article 3, §§ 3 à 10, règle la procédure d'octroi. En ce qui concerne les cas, procédures et conditions prévus pour, notamment, le retrait de l'autorisation ou le transfert de l'installation, l'article 4 se réfère aux articles 7, 8 et 10 de l'arrêté royal du 11 octobre 2000. Les obligations visées à l'article 9 de cet arrêté royal doivent également être respectées par le titulaire de l'autorisation (article 5). L'autorisation devient caduque si elle n'est pas utilisée dans un délai de cinq ans à compter de sa date d'octroi (article 6). L'article 7 prévoit une suspension de l'autorisation dans l'attente de l'obtention d'un droit de raccordement au réseau de transport.

L'arrêté envisagé entre en vigueur à la date de sa publication au Moniteur belge (article 8).

4. L'article 4, §§ 1^{er}¹, 2 et 3, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' procure le fondement juridique du projet.

¹ Plus précisément l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, 1^o, de cette loi (extension de l'obligation d'autorisation aux transformations – voir l'article 2 du projet).

COMPÉTENCE

5.1. Conformément à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', l'autorité fédérale est compétente pour « les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national », parmi lesquelles « les grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie ».

5.2. Dans l'avis 70.340/3 du 19 novembre 2021 sur l'avant-projet devenue la loi du 14 février 2022 'modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', le Conseil d'État, section de législation, a relevé en ce qui concerne cette compétence ce qui suit :

« 4. Conformément à l'actuel article 4, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, de la loi du 29 avril 1999, le Roi peut exempter d'autorisation l'établissement d'installations de faible puissance et le soumettre à une procédure de déclaration préalable à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG). L'article 3, 4^o, de l'avant-projet étend cette possibilité aux installations de production temporaire et aux groupes de secours permettant l'îlotage.

Dans son avis 57.057/3 du 6 mars 2015, le Conseil d'État a observé ce qui suit en ce qui concerne le dispositif instaurant une obligation d'autorisation pour la mise à l'arrêt d'installations non nucléaires de production d'électricité ² :

'2.1. (...) En principe, l'autorité fédérale tire essentiellement son pouvoir d'instaurer le régime d'autorisations proposé pour la mise à l'arrêt d'installations de production d'électricité de sa compétence relative aux grandes infrastructures de production d'énergie (notamment), et, accessoirement, de sa compétence en matière d'études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie et des tarifs, en ce compris la politique des prix, à l'exception des tarifs des réseaux de distribution, qui relèvent de la compétence des régions ³.

2.2. L'impact potentiel du dispositif proposé sur les tarifs des réseaux de distribution, pour lesquels les régions sont compétentes ⁴, n'est pas de nature à rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de cette compétence. En effet, le dispositif proposé contribue plutôt à la liberté des régions de pouvoir fixer des tarifs de réseaux de distribution suffisamment bas si elles l'estiment souhaitable. Le dispositif proposé n'est donc pas contraire au principe de proportionnalité.

² Note de bas de page 2 de l'avis cité (70.340) : Avis C.E. 57.057/3 du 6 mars 2015 sur une proposition de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la procédure de fermeture d'une installation de production d'électricité', *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-0464/001.

³ Note de bas de page 2 de l'avis cité (57.057) : Article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, a), c) et d), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

⁴ Note de bas de page 3 de l'avis cité (57.057) : Article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980.

2.3. Toutefois, il en va autrement des conséquences du régime envisagé sur la compétence des régions en matière de sources nouvelles d'énergie⁵. Si le dispositif actuel ne prévoit qu'une obligation de notifier au préalable la mise à l'arrêt concernant, notamment, des installations qui produisent de l'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables, avec un délai d'attente, tel n'est pas le cas du dispositif visé, en vertu duquel cette mise à l'arrêt n'est possible qu'après autorisation.

À la lumière des compétences fédérales précitées, pareille mesure peut encore être admise pour de telles installations de production de forte puissance, dès lors qu'elles peuvent jouer un rôle important dans la production d'énergie et dans la sécurité d'approvisionnement. L'incidence du dispositif visé sur ce type d'installations de production de faible puissance, telles que les installations relativement petites équipées de panneaux photovoltaïques, est toutefois de nature à rendre exagérément difficile l'exercice de la compétence régionale en matière de sources nouvelles d'énergie. Le fait que la nature des sources d'énergie primaires utilisées constitue un critère à prendre en considération lors de l'examen de la demande d'autorisation⁶ ne remet pas en cause cette constatation.

Afin de résoudre ce problème de compétence, il faut convertir en une obligation la possibilité dont dispose le Roi de dispenser⁷, sous certaines conditions, les installations de faible puissance de l'obligation d'obtenir une autorisation, à tout le moins en ce qui concerne les installations de production d'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables⁸.

Il résulte de cet avis qu'eu égard au principe de proportionnalité en matière de répartition des compétences, le Roi est tenu de dispenser, sous certaines conditions, les installations de faible puissance de l'obligation d'obtenir une autorisation, à tout le moins en ce qui concerne les installations de faible puissance qui produisent de l'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables. Cette règle s'applique également aux installations de production temporaire et aux groupes de secours permettant l'îlotage, dans la mesure où ceux-ci peuvent également être considérés comme de telles installations de faible puissance qui produisent de l'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables.

Mieux vaudrait dès lors mettre la modification en projet à profit pour insérer directement dans la loi l'exemption de l'obligation d'autorisation pour les installations concernées de faible puissance, plutôt que de déléguer cette exemption au Roi. Si tel n'est pas le cas, le Roi sera de toute façon tenu, conformément aux règles répartitrices de compétences, de pourvoir à l'exécution de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, 2^o, en projet, de la loi du 29 avril 1999, ce qui semble pour l'heure être le cas dans l'arrêté royal du 11 octobre 2000 'relatif à l'octroi des autorisations individuelles couvrant l'établissement d'installations de production d'électricité'. Dès lors, il est recommandé dans ce cas de rappeler l'obligation précitée d'une application conforme aux règles répartitrices de compétence dans l'exposé des motifs »⁹.

⁵ Note de bas de page 4 de l'avis cité (57.057) : Article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁶ Note de bas de page 5 de l'avis cité (57.057) : Article 4bis, § 2, alinéa 2, 3^o, proposé, de la loi sur l'électricité.

⁷ Note de bas de page 6 de l'avis cité (57.057) : Article 4bis, § 1^{er}, alinéa 2, proposé, de la loi sur l'électricité.

⁸ Note de bas de page 7 de l'avis cité (57.057) : Il est bien entendu également possible d'inclure cette exemption de l'obligation d'obtenir une autorisation dans la loi.

⁹ Avis C.E. 70.340/3 du 19 novembre 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 février 2022 'modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2364/001, pp. 36-38.

5.3. L'observation, formulée par la section de législation dans cet avis, qui recommande d'insérer directement dans la loi l'exemption de l'obligation d'autorisation pour les installations concernées de faible puissance, n'a pas été suivie. Par conséquent, la portée de l'obligation d'autorisation doit ressortir du régime d'exécution actuellement à l'examen.

5.4. Le projet à l'examen impose une obligation d'autorisation à :

« 1° tout détenteur d'une installation de stockage d'énergie qui, conformément à l'article 7undecies, § 8, deuxième alinéa (lire : alinéa 2), de la loi du 29 avril 1999, est tenu d'introduire un dossier de préqualification, et;

2° tout autre détenteur d'une installation de stockage d'énergie qui, en vertu de l'article 7undecies, § 8, troisième alinéa (lire : alinéa 3), de la loi du 29 avril 1999, est autorisé à introduire un dossier de préqualification et a l'intention d'introduire un tel dossier ».

5.4.1. Par conséquent, le champ d'application précis de l'obligation d'autorisation doit se concevoir au regard de l'article 7undecies, § 8, de la loi du 29 avril 1999, et des critères de recevabilité qui, conformément à l'alinéa 1^{er} de cette disposition, sont fixés dans l'arrêté royal du 21 mai 2021 'relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien ont le droit ou l'obligation de participer à la procédure de préqualification et en ce qui concerne le seuil minimal, en MW'. L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cet arrêté fixe à 1 MW le seuil minimal de participation au mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : CRM). Il faut en déduire qu'en ce qui concerne la régulation de grandes installations de stockage, l'autorité fédérale s'estime à tout le moins compétente pour des installations de cette importance.

5.4.2. Or, ce seuil de 1 MW est sensiblement inférieur à celui utilisé dans l'arrêté royal du 11 octobre 2000 'relatif à l'octroi des autorisations individuelles couvrant l'établissement d'installations de production d'électricité', en ce qui concerne les installations exemptées d'une autorisation de production. En effet, le seuil pour les (grandes) installations de production est fixé à 25 MW.

5.4.3. Compte tenu de la fonction et des exigences techniques différentes, il ne paraît pas déraisonnable d'utiliser un seuil différent pour les installations de stockage et pour les installations de production. Compte tenu du fait que des installations de stockage d'une puissance minimale de 1 MW sont suffisamment importantes pour jouer un rôle dans le cadre du CRM fédéral, et sont en outre significativement plus grandes que par exemple les batteries domestiques utilisées par les autoproducteurs d'énergie renouvelable et les propriétaires de voitures électriques, ce seuil semble pouvoir être admis au regard des règles répartitrices de compétences. En outre, ce seuil ne semble à première vue pas être de nature à porter atteinte au principe de proportionnalité sur le plan de la répartition des compétences au regard des compétences régionales en matière d'énergie renouvelable et d'utilisation rationnelle de l'énergie¹⁰. Toutefois, le Conseil d'État, section de

¹⁰ La question se pose néanmoins de savoir s'il ne faut pas également utiliser pour les installations de stockage – contrairement aux installations de production – un critère supplémentaire concernant l'électricité effectivement fournie. En effet, l'importance d'une batterie est déterminée non seulement par la puissance installée,

législation, ne dispose pas des connaissances techniques requises lui permettant d'apprécier ce point de manière concluante.

EXAMEN DU TEXTE

Observation générale

6. Le dispositif en projet ne s'applique qu'aux installations de stockage pour lesquelles un dossier de préqualification sera introduit en 2022. Eu égard à l'article 7undecies, § 8, de la loi du 29 avril 1999, le dispositif englobe toutes les installations existantes dans la zone de réglage belge qui atteignent le seuil de 1 MW de puissance et remplissent la condition d'octroi de l'aide, ainsi que toutes les installations futures pour lesquelles un dossier de préqualification sera introduit. Il en résulte que toutes les installations existantes qui n'atteignent pas ce seuil et toutes les installations futures pour lesquelles aucun dossier de préqualification n'est introduit, qui sont en principe également soumises à l'obligation d'autorisation, ne pourront pas obtenir d'autorisation, dès lors qu'aucune réglementation n'est encore élaborée à cet effet. Cette lacune, pour laquelle le préambule de l'arrêté examiné annonce certes un règlement, doit être éliminée à court terme, compte tenu notamment du principe d'égalité. En outre, il semble résulter des observations formulées ci-dessus à propos de la compétence qu'il faudra prévoir à cet égard une exemption permanente pour les petites installations de stockage.

Article 3

7. Il se déduit de l'article 3, §§ 8 et 9, du projet qu'une consultation « obligatoire » est instaurée à l'égard des régions, dès lors qu'un délai de consultation de vingt jours ouvrables s'applique à cet égard et qu'à défaut d'avis rendu dans ce délai, l'avis est considéré comme favorable. Pareil dispositif n'est pas conforme au principe d'autonomie. Ce dernier implique notamment que l'autorité fédérale ne peut pas imposer unilatéralement une obligation d'avis aux régions. Afin d'y remédier, la consultation des régions doit être réglée sur une base purement facultative à l'article 3 du projet. Il en résulte qu'il convient de prévoir que la procédure peut être poursuivie en l'absence d'avis rendu dans le délai de vingt jours ouvrables, et donc pas que l'avis est considéré comme favorable à l'expiration de ce délai.

Article 4

8. L'article 4 du projet dispose que les articles 7, 8 et 10 de l'arrêté royal du 11 octobre 2000 s'appliquent notamment au retrait de l'autorisation ou au transfert de l'installation. Or, ces dispositions s'appliquent en principe aux installations de production et peuvent par conséquent s'appliquer tout au plus *mutatis mutandis*. L'auteur du projet devra vérifier si ce dernier aspect peut

mais également par la durée pendant laquelle cette puissance peut effectivement être fournie, avant que la batterie doive à nouveau être rechargée.

être maintenu et s'il ne vaudrait pas mieux viser la procédure prévue à l'article 3, §§ 3 à 10, du projet.

Article 6

9. À l'article 6 du projet, mieux vaudrait préciser quels sont les effets d'une suspension de l'autorisation, conformément à l'article 7 du projet, sur le délai de cinq ans qui y est visé.

Article 7

10. Dans le droit fil de l'avis de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG)¹¹, il est recommandé de définir ce qu'il convient d'entendre par « un droit au raccordement » à l'article 7 du projet, cette notion n'apparaissant pas ou n'étant pas définie en tant que telle 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'.

11. On n'aperçoit pas clairement quel est l'effet d'une suspension de l'autorisation conformément à l'article 7 du projet sur l'application de l'article 7*undecies* de la loi du 29 avril 1999.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

¹¹ Avis de la CREG (A) 2362 du 15 mars 2022, points 26-29.