



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.004/VR
van 6 oktober 2022

avis 72.004/VR
du 6 octobre 2022

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt’

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché de
l’électricité’

Op 20 juli 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 7 september 2022*, en nogmaals verlengd met vijfenveertig dagen tot 22 september 2022**, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de verenigde kamers onderzocht op 27 september 2022. De verenigde kamers waren samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, voorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bernard BLERO en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessoren, en Annemie GOOSSENS en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffiers.

Het verslag is uitgebracht door Véronique SCHMITZ en Tim CORTHAUT, eerste auditeurs, Arne CARTON, auditeur, en Julien GAUL, adjunct-auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 oktober 2022.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

** Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85bis.

Le 20 juillet 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 trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 7 septembre 2022 *, et encore prorogé à quarante-cinq jours **, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

L'avant-projet a été examiné par les chambres réunies le 27 septembre 2022. Les chambres réunies étaient composées de Martine BAGUET, président de chambre, président, Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bernard BLERO et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseurs, et Annemie GOOSSENS et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffiers.

Le rapport a été présenté par Véronique SCHMITZ et Tim CORTHAUT, premiers auditeurs, Arne CARTON, auditeur, et Julien GAUL, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 octobre 2022.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

** Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85bis.

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de wijziging van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Artikel 2 van het voorontwerp vervangt de definitie van “energieopslagfaciliteit” in artikel 2, 102°, van de wet van 29 april 1999, en voegt nieuwe definities toe van “grote energieopslagfaciliteit”, “aansluitingspunt” en “HVDC-systeem”² (ontworpen artikelen 2, 118° tot 120°, van dezelfde wet).

Artikel 3, 1°, van het voorontwerp wijzigt artikel 4, § 1, eerste lid, van de wet van 29 april 1999, zodat de vergunningsplicht voor energieopslagfaciliteiten enkel nog geldt voor nieuwe grote energieopslagfaciliteiten. Artikel 3, 2°, van het voorontwerp wijzigt artikel 4, § 1, derde lid, van de wet van 29 april 1999, zodat de Koning de bouw en exploitatie van nieuwe installaties voor elektriciteitsproductie met een laag vermogen en nieuwe grote energieopslagfaciliteiten met een laag vermogen kan vrijstellen van een vergunning en onderwerpen aan een procedure van voorafgaande aanmelding. Artikel 3, 3° en 4°, van het voorontwerp wijzigt artikel 4, § 6, van de wet van 29 april 1999, zodat ook die bepaling enkel van toepassing is op nieuwe grote energieopslagfaciliteiten.

Artikel 4 van het voorontwerp bevat een overgangsregeling teneinde het koninklijk besluit van 29 maart 2022 ‘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 7*undecies*, § 8, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ van toepassing te laten voor de veiling die georganiseerd wordt krachtens het ministerieel besluit van 30 maart 2022 ‘houdende instructie aan de netbeheerder om de veiling te organiseren vier jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2026, de parameters die nodig zijn voor de organisatie van voornoemde veiling, het maximale volume aan capaciteit dat kan gecontracteerd worden met alle houders van niet bewezen capaciteit, en houdende het minimaal te reserveren volume voor de veiling die een jaar voor de periode van capaciteitslevering georganiseerd wordt, overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 6, eerste lid van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Een HVDC-systeem is een systeem voor hoogspanningsgelijkstroom (‘high-voltage direct current’).

BEVOEGDHEID

3. Het voorontwerp introduceert de term “grote energieopslagfaciliteiten” in de wet van 29 april 1999. Die term wordt bij het ontworpen artikel 2, 118°, gedefinieerd als “elke energieopslagfaciliteit die via een aansluitingspunt is aangesloten op het transmissienet, op een gesloten industrieel net, of op een HVDC-systeem”.

In de memorie van toelichting wordt betoogd dat het onderscheid tussen grote en kleine energieopslagfaciliteiten “is ingegeven door het spanningscriterium dat gebruikt wordt in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (...) met betrekking tot het onderscheid tussen de distributie van elektriciteit enerzijds en vervoer van elektriciteit anderzijds”, “opdat met betrekking tot de vergunningsplicht voor de bouw en exploitatie van energieopslagfaciliteiten in het elektriciteitssysteem een spanningscriterium (volt) gebruikt wordt om de grens tussen grote en kleine opslagfaciliteiten te bepalen in plaats van op basis van vermogen (watt)”. Dit criterium werd bepaald na overleg tussen de federale overheid en de gewesten, aan de hand van een nota van 11 juli 2022 die werd goedgekeurd door het Overlegcomité op 13 juli 2022. In die nota wordt het volgende uiteengezet:

“Op 22 juni 2022 werd overlegd over de interpretatie van de bevoegdheidsverdeling inzake opslag tussen de vakkabinetten energie van de gewesten en de federale overheid.

Op dit overleg werd voorgesteld om een spanningscriterium (volt) te gebruiken om de grens tussen grote en kleine opslag te bepalen in plaats van een capaciteitscriterium (watt):

- Aansluiting op distributienet (<70kV) = ‘niet groot’ en dus gewestbevoegdheid
- Aansluiting op hoogspanningsnet (>70kV) = grote opslag en dus federale bevoegdheid

Het gaat hierbij om één aansluitpunt. Een vaste grens op basis van een vermogenscriterium wordt niet weerhouden.

In functie van de studie van de bevoorradingszekerheid en stabiliteit van het transmissienet kunnen de relevante gegevens van gewestelijke meldingsplichten worden gedeeld met het federale niveau.

In de praktijk komt de spanningsgrens wel neer op volgende opdeling naar vermogen:

- <10MW opslagcapaciteit op één aansluitpunt = distributienet = gewest bevoegd
- <10MW en <25MW op één aansluitpunt = normaalgezien distributienet = gewest bevoegd
- >25MW op één aansluitpunt = transmissienet = federaal bevoegd

Bovenstaande interpretatie van de bevoegdheidsverdeling opslag heeft geen impact op de vergunningsplicht vanaf 25MW voor productiefaciliteiten (KB 11 oktober 2000).

Dit voorstel kon de steun genieten van het Vlaams Gewest, Waals Gewest, Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Federale overheid.”

De vraag rijst evenwel of dit criterium verenigbaar is met de bevoegdheidsrechtelijke regels.

4. Volgens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ is de federale overheid bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten: “c) de grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie”. De bijzondere wet definieert verder niet wat onder “grote infrastructuur voor de stockering” moet worden begrepen of op basis van welke criteria dat moet worden beoordeeld.³ Het Grondwettelijk Hof heeft met betrekking tot artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, wel met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding, gesteld dat “de bijzondere wetgever dat bevoegdheidsvoorbehoud heeft gemaakt om de federale Staat ertoe in staat te stellen hetzij te blijven deelnemen aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, hetzij toezicht te blijven uitoefenen op de productie, de opslag en het transport van energie en hierbij op te treden in het belang van ’s lands energiebevoorrading”.⁴ Het lijkt in de eerste plaats te gaan om systemen die helpen garanderen dat er ook op piekmomenten een voldoende aanbod is aan energie, maar die niet inwerken op de vraagzijde.⁵

In een recente regeling inzake het capaciteitsvergoedingsmechanisme leek de federale overheid ervan uit te gaan dat de omvang van een opslaginstallatie kon worden bepaald aan de hand van het vermogen ervan, waarbij de drempel voor het onderwerpen van een installatie aan een federale vergunning nominaal op 1 MW werd gelegd.⁶

³ De voorbeelden in de parlementaire voorbereiding hadden betrekking op zeer omvangrijke systemen, zoals spaarbekkens (*Hand. Kamer* 29 juli 1988, nr. 39, 1420), en de LNG-terminal of de ondergrondse gasopslagplaats in Loenhout (*Parl.St. Kamer* 1988, nr. 516/6, 144). Dat neemt echter niet weg dat de mogelijkheden voor chemische opslag destijds erg beperkt waren, terwijl er nu al batterijparken van 25 MW bestaan, en bijvoorbeeld ook de vraag rijst naar wie bevoegd is ten aanzien van gecombineerde accu’s van elektrische wagenparken van ondernemingen (zie daarover T. VERMEIR, “Het energiebeleid”, in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 276, die gewag maakt van een “hybride probleem”. Zie ook K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 637).

⁴ GwH 17 september 2009, nr. 144/2009, B.10.2; GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, B.14.2; *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1333/1, 223-225. Zie ook adv.RvS 54.884/3 van 20 januari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 26 maart 2014 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, *Parl.St. Kamer* 2013-14, nr. 53-3357/001, 25 (opmerking 3).

⁵ Behoudens indien een beroep zou worden gedaan op (federale) impliciete bevoegdheden is vraagzijdebeheer veeleer een vorm van rationeel energiegebruik in de zin van artikel 6, § 1, VII, eerste lid, h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, zie adv.RvS 57.210/3 van 3 april 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 28 juni 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, *Parl.St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1046/001, 29-33 (opmerkingen 3.1 tot 3.4).

⁶ Zie artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit van 29 maart 2022, gelezen in samenhang met artikel 2, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 21 mei 2021 ‘tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7*undecies*, § 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 prekwificatieprocedure en wat betreft de minimumdrempel in MW’. In de praktijk gaat het om installaties met een vermogen dat wat hoger is dan 1 MW, omdat voor het bepalen of opslagfaciliteiten in aanmerking komen voor de veiling ook nog rekening moet worden gehouden met een reductiefactor (zie bijlage 1 bij het ministerieel besluit van 30 maart 2022). Afhankelijk van het soort opslaginstallatie bedraagt die reductiefactor 31% tot 79%.

Voor wijzigingen aan bestaande energieopslagfaciliteiten die vergund werden overeenkomstig artikel 4, § 6, van de wet van 29 april 1999 of overeenkomstig artikel 3 van het koninklijk besluit van 29 maart 2022 geldt dan weer dat ze slechts opnieuw vergund moeten worden indien deze aanpassingen of verbouwingen 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 2 van het koninklijk besluit van 29 maart 2022).

In advies 71.206/3 van 24 maart 2022⁷ heeft de Raad van State daarover het volgende uiteengezet:

“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 wordt gepleegd op het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel in het licht van de gewestbevoegdheden inzake hernieuwbare energie en rationeel energieverbruik.⁸ De Raad van State, afdeling

⁷ Adv.RvS 71.206/3 van 24 maart 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 29 maart 2022. Zie daarover ook reeds eerder 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. 54-0464/002 en 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 (opmerking 4).

⁸ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: 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.

Wetgeving, beschikt evenwel niet over het vereiste technische inzicht om dit op sluitende wijze te kunnen beoordelen.”

5. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 3, wordt thans, weliswaar blijkbaar nadat daarover eensgezindheid is bereikt in het Overlegcomité, een ander criterium gehanteerd dan het vermogen om uit te maken of een energieopslagfaciliteit al dan niet kan worden beschouwd als een grote infrastructuur voor de stockering als bedoeld bij artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Volgens het voorontwerp hangt dit immers af van de vraag of de betrokken energieopslagfaciliteit al dan niet “via een aansluitingspunt is aangesloten op het transmissienet, op een gesloten industrieel net, of op een HVDC-systeem”.⁹

Aldus wordt bijgevolg niet meer uitgegaan van het vermogen dat de betrokken installatie kan leveren¹⁰, maar van de spanning (uitgedrukt in volt) van het netwerk waaraan de opslagfaciliteit wordt gekoppeld. In die nieuwe benadering zou de federale overheid enkel bevoegd zijn voor opslagfaciliteiten die zijn aangesloten op netten waarvan de nominale spanning hoger is dan 70 000 volt, in lijn met het criterium dat in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt gebruikt om de bevoegdheid van de gewesten voor de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit te definiëren.

6.1. De notie van “grote infrastructuren voor de stockering” leent zich weliswaar tot interpretatie, maar dat neemt niet weg dat een loutere verwijzing naar een spanningscriterium, ook al sluit dat in de praktijk aan bij het onderscheid tussen transmissie- en distributienetten, abstractie maakt van de aard van de installatie en ook van andere technische kenmerken dan de spanning die ook bevoegdheidsrechtelijk relevant kunnen zijn.

Er kan weliswaar worden aangenomen dat installaties die op een transmissienet (met een nominale spanning boven 70 000 volt) zijn aangesloten, niet dienen voor huishoudelijk gebruik, maar daarmee staat nog niet vast dat alle dergelijke installaties een substantiële bijdrage leveren aan 's lands bevoorradingszekerheid op het vlak van elektriciteit, wat in het licht van de in opmerking 4 aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nochtans bepalend is voor de federale bevoegdheid inzake de grote infrastructuren voor de stockering.

Omgekeerd lijkt ook niet te kunnen worden uitgesloten dat er ook opslaginstallaties van enige omvang worden aangesloten op een distributienet (met een nominale spanning van 70 000 volt of lager) die wegens die omvang en hun aard toch beschouwd zouden moeten worden als grote infrastructuren voor de stockering.

6.2. Overigens wordt alsnog teruggegrepen naar het criterium van het vermogen voor de mogelijkheid die aan de Koning wordt geboden, bij het ontworpen artikel 4, § 1, derde lid, 2°, van de wet van 29 april 1999, om nieuwe grote energieopslagfaciliteiten met een laag vermogen vrij te

⁹ In de memorie van toelichting wordt verduidelijkt dat met het begrip “gesloten industrieel net” wordt verwezen naar een gesloten industrieel net dat aangesloten is op een spanning hoger dan 70 kV. Dit blijkt niet uitdrukkelijk uit de definitie van “gesloten industrieel net” (artikel 2, 41°, van de wet van 29 april 1999), maar in de praktijk zijn inderdaad alle gesloten industriële netten aangesloten op het transmissienet.

¹⁰ Zoals de Raad van State reeds opmerkte in voetnoot 10 van het geciteerde advies 71.206/3 zegt dat vermogen (uitgedrukt in MW) overigens niets over hoe lang dat vermogen kan worden geleverd, en dus over de hoeveelheid energie (uitgedrukt in MWh) die zo effectief bij schaarste in het net kan worden geïnjecteerd.

stellen van de vergunningsplicht.¹¹ Er kan weliswaar worden aangenomen dat energieopslagfaciliteiten met een kleiner vermogen dan 1 MW¹² – of wellicht zelfs kleiner dan 10 MW – in de praktijk niet op een transmissienet lijken te worden aangesloten, maar dan rijst niettemin de vraag welke op het transmissienet aangesloten energieopslagfaciliteiten men beoogt vrij te stellen.

In de in opmerking 3 aangehaalde nota wordt betoogd dat het criterium van de spanning in de praktijk neerkomt op een indeling naar vermogen, aangezien installaties met een opslagcapaciteit van minder dan 10 MW op één aansluitingspunt op het distributienet worden aangesloten en bijgevolg altijd onder de bevoegdheid van de gewesten vallen, dat installaties met een opslagcapaciteit tussen 10 en 25 MW op één aansluitingspunt normaal gezien ook op het distributienet worden aangesloten, waardoor ook hiervoor de gewesten bevoegd zijn, en dat ten slotte installaties met een opslagcapaciteit van meer dan 25 MW op het transmissienet worden aangesloten en dus onder de federale bevoegdheid vallen. Ook indien dat in de praktijk zou overeenstemmen met de huidige situatie, betekent dat nog niet dat dat in de toekomst zo zal zijn. Voor zover de Raad van State dat kan uitmaken, is er ook geen dwingende technische reden waarom de aansluiting van installaties op die wijze zou moeten gebeuren. Eens installaties groot genoeg zijn om in aanmerking te komen voor het capaciteitsvergoedingsmechanisme, kunnen ze in de praktijk geacht worden relevant te zijn voor het verzekeren van 's lands bevoorradingszekerheid, ongeacht het net waaraan ze zijn gekoppeld.

6.3. Indien het de bedoeling zou zijn, afgaande op het betoog in de voormelde nota, om de federale overheid enkel bevoegd te maken voor installaties vanaf 25 MW, wat overigens ook de drempel is waarop productie-installaties vergunningsplichtig worden,¹³ rijst de vraag waarom dan niet die vermogensdrempel wordt gehanteerd, veeleer dan het criterium van het net waarop de installatie is aangesloten.¹⁴

6.4. Artikel 4 van het voorontwerp handhaaft dan weer de bestaande criteria inzake vergunningsplicht voor de toepassing van de prekwalificatiecriteria met betrekking tot de veiling voor de houders van energieopslagcapaciteit, georganiseerd in 2022 in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme. Ook al is het aannemelijk dat, zoals in de memorie van toelichting wordt benadrukt, de rechtszekerheid bij de ontvankelijkheidscriteria voor die veiling een belangrijk gegeven is, heeft dit tot gevolg dat in het huidige voorontwerp twee verschillende criteria worden gehanteerd voor wat moet worden beschouwd als grote infrastructuur voor de stockering van energie. Zelfs op een tijdelijke wijze kan artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de

¹¹ Overigens kan de Koning maar gemachtigd worden om installaties vrij te stellen van een vergunningsplicht als die installaties tot de federale bevoegdheid kunnen worden gerekend.

¹² Namelijk de nominale vermogensdrempel die de Raad van State in het voormelde advies 71.206/3 principieel en onder voorbehoud heeft aanvaard.

¹³ Zie artikel 2, § 2, van het koninklijk besluit van 11 oktober 2000 'betreffende de toekenning van individuele vergunningen voor de bouw van installaties voor de productie van elektriciteit'.

¹⁴ In dat geval zou wellicht ook geen nood meer bestaan aan de voormelde machtiging aan de Koning, bij het ontworpen artikel 4, § 1, derde lid, 2°, van de wet van 29 april 1999, om nieuwe grote energieopslagfaciliteiten met een laag vermogen vrij te stellen van de vergunningsplicht.

bijzondere wet van 8 augustus 1980 moeilijk tegelijkertijd op twee verschillende wijzen worden uitgelegd.

7. De Raad van State meent dan ook te moeten betwijfelen of het door de stellers van het voorontwerp gehanteerde criterium inzake spanning om uit te maken wat moet worden beschouwd als grote infrastructuur voor de stockering van energie, als enige criterium, berust op een correcte en coherente interpretatie van de bevoegdheidsverdelende regels.

De omstandigheid dat de federale overheid en de gewesten over dit criterium overeenstemming hebben bereikt in het Overlegcomité neemt immers niet weg dat, gelet op het voorgaande, een criterium dat enkel is gebaseerd op de aansluiting op een net met een bepaalde spanning, los van de omvang van die infrastructuur, moeilijk in overeenstemming is te brengen met een bijzonderewetsbepaling die enkel gewag maakt van de omvang van een installatie. Het gegeven dat in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt verwezen naar de spanning van 70 000 volt als onderscheid tussen distributie- en transmissienetten betekent niet dat dit criterium ook bepalend is voor de installaties die op dat net zijn aangesloten en die bevoegdheidsrechtelijk moeten worden gekwalificeerd volgens een ander onderdeel van artikel 6, § 1, VII.¹⁵

De Raad van State beschikt weliswaar niet over het vereiste technisch inzicht om op een sluitende wijze zelf een of meer criteria naar voor te schuiven die het mogelijk maken om de federale bevoegdheid inzake de grote infrastructuur voor de stockering af te bakenen, bijvoorbeeld enkel en alleen aan de hand van een bepaald vermogen in MW. Het wil hem wel voorkomen dat, in lijn met de voormelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en met hetgeen reeds is uiteengezet in het voormelde advies 71.206/3, het moet gaan om opslagsystemen die een significante bijdrage kunnen leveren aan het verzekeren van de bevoorradingszekerheid van het land. De omstandigheid dat een opslagsysteem om die reden in aanmerking komt voor financiering via het capaciteitsvergoedingsmechanisme, kan een aanwijzing zijn dat die drempel daadwerkelijk is bereikt, al kan de beslissing van de federale overheid om een dergelijke financiering toe te kennen uiteraard niet bepalend zijn voor de bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie.

Ook indien het criterium van de spanning wordt vertaald naar een criterium op basis van vermogen, zoals weergegeven in de in opmerking 3 aangehaalde nota, rijst de vraag of de daarin vermelde drempel van 25 MW om te kunnen besluiten tot de bevoegdheid van de federale overheid – die overeenstemt met de drempelwaarde voor het opleggen van een productievergunning voor productiesystemen – niet hoger is dan wat kan worden beschouwd als een “significante bijdrage” aan de bevoorradingszekerheid, mede gelet op de huidige technologieën, de fysieke omvang en de investeringskosten voor dergelijke installaties en het gegeven dat ook kleinere opslagsystemen in aanmerking komen voor het verzekeren van de bevoorradingszekerheid via het capaciteitsvergoedingsmechanisme. Er moet alleszins over worden gewaakt dat de mogelijkheden van de federale overheid om via het

¹⁵ In dat verband kan ook worden verwezen naar de bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie door het Grondwettelijk Hof van gesloten industriële netten, waarbij niet werd uitgegaan van de aansluiting op het distributie- of transmissienet, maar van de intrinsieke functionaliteit van een gesloten industrieel net. Het is op grond van die functionaliteit dat werd besloten tot de bevoegdheid ter zake van de gewesten, ook voor gesloten industriële netten die zijn aangesloten op het transmissienet (GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.10.3-B.12).

capaciteitsvergoedingsmechanisme en gelijkaardige mechanismen de bevoorrading van het land te verzekeren, op voldoende wijze gevrijwaard blijven.

Het voorontwerp moet dan ook worden heroverwogen in het licht van het voorgaande. Indien de stellers hun bevoegdheidsrechtelijke zienswijze menen te moeten handhaven, zullen ze in elk geval in de memorie van toelichting op omstandige wijze moeten uiteenzetten op welke objectieve gegevens het door hen gehanteerde criterium is gesteund en wat de concrete gevolgen ervan zijn in de praktijk, in het licht van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

8. In de inleidende zin van artikel 2, 2°, van het voorontwerp schrijve men “118°” in plaats van “103°”.

*

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 ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

L'article 2 de l'avant-projet remplace la définition de l'« installation de stockage d'énergie » formulée à l'article 2, 102°, de la loi du 29 avril 1999 et insère de nouvelles définitions pour la « grande installation de stockage d'énergie », le « point de raccordement » et le « système HVDC » ² (article 2, 118° à 120°, en projet, de la même loi).

L'article 3, 1°, de l'avant-projet modifie l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999, de telle sorte que l'obligation d'autorisation pour les installations de stockage d'énergie ne s'applique qu'aux nouvelles grandes installations de stockage d'énergie. L'article 3, 2°, de l'avant-projet modifie l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999, de telle sorte que le Roi peut exempter d'autorisation l'établissement et l'exploitation des nouvelles installations de production d'électricité de faible puissance et des nouvelles grandes installations de stockage d'énergie de faible puissance et les soumettre à une procédure de déclaration préalable. L'article 3, 3° et 4°, de l'avant-projet modifie l'article 4, § 6, de la loi du 29 avril 1999, de telle sorte que cette disposition ne s'applique elle aussi qu'aux nouvelles grandes installations de stockage d'énergie.

L'article 4 de l'avant-projet comporte un régime transitoire en vue de rendre applicable l'arrêté royal du 29 mars 2022 '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' à l'enchère organisée en vertu de l'arrêté ministériel du 30 mars 2022 'portant instruction au gestionnaire du réseau pour organiser la mise aux enchères quatre ans avant la période de fourniture de capacité débutant le 1^{er} novembre 2026, les paramètres nécessaires à l'organisation de la mise aux enchères précitée, le volume maximal de capacité pouvant être contracté avec tous les détenteurs de capacité non prouvée, et portant le volume minimal à réserver pour la mise aux enchères organisée un an avant la période de fourniture de capacité, conformément à l'article 7undecies, § 6, alinéa 1^{er} de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² Un système HVDC est un système de courant continu à haute tension ('high-voltage direct current').

COMPÉTENCE

3. L'avant-projet insère les termes « grandes installations de stockage d'énergie » dans la loi du 29 avril 1999. L'article 2, 118°, en projet, définit ces termes comme étant « toute installation de stockage d'énergie reliée au réseau de transport, à un réseau fermé industriel ou à un système HVDC par un point de raccordement ».

L'exposé des motifs souligne que la distinction entre grandes et petites installations de stockage d'énergie « s'inspire du critère de tension utilisé à l'article 6, §1, VII, paragraphe 1, a) de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, (...) concernant la distinction entre la distribution d'électricité d'une part et le transport d'électricité d'autre part », « afin que, en ce qui concerne l'obligation d'autorisation pour la construction et l'exploitation d'installations de stockage d'énergie dans le système électrique, un critère de tension (volt) soit utilisé pour déterminer la limite entre les grandes et les petites installations de stockage au lieu d'être basé sur la capacité (watt) ». Ce critère a été fixé après concertation entre l'autorité fédérale et les régions sur la base d'une note du 11 juillet 2022 qui a été approuvée par le Comité de concertation le 13 juillet 2022. Il y est exposé ce qui suit :

« Le 22 juin 2022, des consultations ont été organisées sur l'interprétation de la répartition des compétences en matière de stockage entre les cabinets énergie des régions et du gouvernement fédéral.

Lors de cette consultation, il a été suggéré d'utiliser un critère de tension (volt) pour déterminer la limite entre grand et petit stockage, plutôt qu'un critère de capacité (watt) :

- Raccordement au réseau de distribution (<70kV) = 'pas grand' et donc compétence régionale
- Raccordement au réseau à haute tension (>70kV) = stockage important et donc compétence fédérale

Cela concerne un point de connexion. Une limite fixe basée sur un critère de puissance n'est pas retenue.

En fonction de l'étude sur la sécurité d'approvisionnement et la stabilité du réseau de transport, les données pertinentes des obligations de notification régionales peuvent être partagées avec le niveau fédéral.

En pratique, la limite de tension se résume à la répartition suivante en termes de puissance :

- Capacité de stockage <10MW sur un point de connexion = réseau de distribution = compétence régionale
- <10MW et <25MW sur un point de connexion = normalement réseau de distribution = compétence régionale
- >25MW sur un point de connexion = réseau de transmission = compétence fédérale

L'interprétation ci-dessus de la répartition des compétences en matière de stockage n'a aucune incidence sur l'obligation d'obtenir une autorisation pour les installations de production de 25 MW et plus (décret royal du 11 octobre 2000).

Cette proposition a été soutenue par la Région flamande, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et le gouvernement fédéral. »

La question se pose toutefois de savoir si ce critère peut se concilier avec les règles répartitrices de compétences.

4. Selon l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, 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, à savoir : « c) Les grandes infrastructures de stockage; le transport et la production de l'énergie ». La loi spéciale ne définit ensuite pas ce qu'il faut entendre par « grandes infrastructures de stockage » ni sur la base de quels critères il y a lieu de l'évaluer³. À propos de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980, la Cour constitutionnelle a indiqué, en se référant il est vrai aux travaux préparatoires, que « le législateur spécial a conçu cette réserve de compétence pour permettre à l'État fédéral de continuer soit à prendre part à la gestion des entreprises et organismes actifs dans les secteurs concernés, soit à exercer un contrôle dans la production, le stockage et le transport d'énergie et à y intervenir dans l'intérêt de l'approvisionnement du pays en énergie »⁴. Il paraît s'agir en premier lieu de systèmes qui contribuent à garantir une offre suffisante d'énergie, même lors des pics de consommation, mais qui n'agissent pas sur la demande⁵.

Dans un récent dispositif concernant le mécanisme de rémunération de capacité, l'autorité fédérale semblait considérer que le volume d'une installation de stockage pouvait être déterminée par sa puissance, le seuil au-delà duquel une installation sera soumise à une autorisation fédérale ayant été fixé nominalement à 1 MW⁶.

³ Les exemples cités dans les travaux préparatoires portaient sur des systèmes de grande ampleur, tels que des bassins de retenue (*Ann. Chambre*, 29 juillet 1988, n° 39, 1420), et le terminal pour le gaz naturel liquéfié (GNL) ou le réservoir de gaz souterrain à Loenhout (*Doc. parl. Chambre* 1988, n° 516/6, p. 144). Il n'en reste pas moins que les possibilités de stockage chimique étaient à l'époque très limitées, alors qu'il existe à présent déjà des parcs de batteries de 25 MW, et la question se pose par exemple aussi de savoir qui est compétent pour les accumulateurs combinés de parcs automobiles électriques des entreprises (voir à ce sujet T. VERMEIR, « Het energiebeleid », dans B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN (eds), *De bevoegdheden van de gewesten*, Bruges, la Chartre, 2016, 276, qui fait état d'un « problème hybride ». Voir aussi K. REYBROUCK et S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 637).

⁴ C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.2 ; C.C., 12 juillet 1995, n° 57/95, B.14.2 ; *Doc. parl. Sénat* 1998-99, n° 1-1333/1, pp. 223-225. Voir également l'avis C.E. 54.884/3 du 20 janvier 2014 sur un avant-projet devenu la loi du 26 mars 2014 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', *Doc. parl., Chambre*, 2013-14, n° 53-3357/001, p. 25 (observation 3).

⁵ Sauf s'il était recouru aux compétences (fédérales) implicites, la gestion de la demande est plutôt une forme d'utilisation rationnelle de l'énergie au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, h), de la loi spéciale du 8 août 1980, voir l'avis C.E. 57.210/3 du 3 avril 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 28 juin 2015 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie', *Doc. parl., Chambre*, 2014-15, n° 54-1046/001, pp. 29-33 (observations 3.1 à 3.4).

⁶ Voir l'article 3, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 29 mars 2022, combiné avec l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de 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'. Dans la pratique, il s'agit d'installations d'une puissance légèrement supérieure à 1 MW, car avant de déterminer si des installations de stockage sont admissibles pour la mise aux enchères, il faut encore tenir compte aussi d'un facteur de réduction (voir l'annexe 1 de l'arrêté ministériel du 30 mars 2022). Selon la catégorie d'installation de stockage, ce facteur de réduction est compris entre 31 % à 79 %.

Pour apporter des modifications aux installations existantes de stockage d'énergie qui ont été autorisées conformément à l'article 4, § 6, de la loi du 29 avril 1999 ou à l'article 3 de l'arrêté royal du 29 mars 2022, la règle est qu'elles ne seront soumises à une nouvelle autorisation que s'il résulte de ces adaptations ou aménagements un accroissement

Dans son avis 71.206/3 du 24 mars 2022 ⁷, le Conseil d'État a exposé à ce propos ce qui suit :

« 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° 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'énergie ⁸. Toutefois, le Conseil d'État, section de législation, ne dispose pas

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 (article 2 de l'arrêté royal du 29 mars 2022).

⁷ Avis C.E. 71.206/3 du 24 mars 2022 sur un projet devenu l'arrêté royal du 29 mars 2022. Voir à ce sujet aussi auparavant l'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, 2014-15, n° 54-0464/002 et l'avis C.E. n° 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 (observation 4).

⁸ *Note de bas de page 10 de l'avis cité* : 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

des connaissances techniques requises lui permettant d'apprécier ce point de manière concluante ».

5. Comme il a déjà été exposé dans l'observation 3, un autre critère que la puissance est actuellement utilisé – apparemment, certes, après que l'unanimité a pu être atteinte sur ce point en Comité de concertation – pour déterminer si une installation de stockage d'énergie peut ou non être considérée comme une grande infrastructure de stockage visée à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980. Selon l'avant-projet, cela dépend en effet de la question de savoir si l'installation de stockage d'énergie concernée est ou non « reliée par un point de connexion au réseau de transport, à un réseau industriel fermé ou à un système HVDC »⁹.

Ainsi, on ne se fonde donc plus sur la puissance que l'installation concernée peut fournir¹⁰, mais sur la tension (exprimée en volts) du réseau auquel l'installation de stockage est connectée. Dans cette nouvelle approche, l'autorité fédérale serait uniquement compétente pour des installations de stockage connectées à des réseaux dont la tension nominale est supérieure à 70 000 volts, conformément au critère employé à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 pour définir la compétence des régions en ce qui concerne la distribution et le transport local d'électricité.

6.1. Si la notion de « grandes infrastructures de stockage » est sujette à interprétation, il n'en demeure pas moins qu'un simple renvoi à un critère de tension, bien qu'il soit dans la pratique en accord avec la distinction entre réseaux de transport et réseaux de distribution, fait abstraction de la nature de l'installation ainsi que de caractéristiques techniques autres que la tension susceptibles d'être elles aussi pertinentes sur le plan de la répartition des compétences.

Si on peut admettre que des installations connectées à un réseau de transport (d'une tension nominale supérieure à 70 000 volts) ne sont pas destinées à un usage domestique, cela ne permet toutefois pas pour autant d'établir que toutes les installations de ce type contribuent de manière substantielle à la sécurité d'approvisionnement du pays en électricité, ce qui, à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle citée dans l'observation 4, est pourtant déterminant pour définir la compétence fédérale en matière de grandes infrastructures de stockage.

À l'inverse, il semble que l'on ne puisse pas non plus exclure que soient également connectées à un réseau de distribution (d'une tension nominale égale ou inférieure à 70 000 volts) des installations de stockage d'une certaine ampleur qui, à cause de cette ampleur et de leur nature, devraient tout de même être considérées comme de grandes infrastructures de stockage.

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

⁹ Selon l'exposé des motifs, la notion de « réseau fermé industriel » fait référence à un réseau industriel fermé connecté à une tension supérieure à 70 kV. Cette précision ne ressort pas expressément de la définition de « réseau fermé industriel » (article 2, 41°, de la loi du 29 avril 1999), mais dans la pratique, tous les réseaux fermés industriels sont effectivement connectés au réseau de transport.

¹⁰ Comme le Conseil d'État l'a déjà observé dans la note de bas de page 10 de l'avis 71.206/3 précité, cette puissance (exprimée en MW) ne donne d'ailleurs aucune information sur la durée pendant laquelle cette puissance peut être fournie, et, partant, sur la quantité d'énergie (exprimée en MWh) qui peut ainsi être réellement injectée dans le réseau en cas de pénurie.

6.2. On recourt par ailleurs encore au critère de la puissance pour la possibilité offerte au Roi, par l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, 2^o, en projet, de la loi du 29 avril 1999, d'exempter les nouvelles grandes installations de stockage d'énergie de faible puissance de l'obligation d'obtenir une autorisation ¹¹. Si l'on peut admettre que des installations de stockage d'énergie d'une puissance inférieure à 1 MW ¹² – vraisemblablement même inférieure à 10 MW – ne semblent pas en pratique connectées à un réseau de transport, la question se pose néanmoins de savoir quelles installations de stockage d'énergie connectées au réseau de transport sont visées par l'exemption.

Selon la note citée dans l'observation 3, le critère de la tension se résume, en pratique, à une répartition en termes de puissance, dès lors que les installations dont la capacité de stockage est inférieure à 10 MW sur un seul point de connexion sont raccordées au réseau de distribution et relèvent par conséquent toujours de la compétence des régions, que les installations dont la capacité de stockage se situe entre 10 et 25 MW sur un seul point de connexion sont normalement elles aussi raccordées au réseau de distribution, les régions étant également compétentes dans ce cas, et qu'enfin, les installations dont la capacité de stockage dépasse les 25 MW sont raccordées au réseau de transport et relèvent dès lors de la compétence fédérale. Même si cela correspond en pratique à la situation actuelle, cela ne signifie pas pour autant que tel sera le cas à l'avenir. Pour autant que le Conseil d'État puisse en juger, il n'existe pas non plus de raisons techniques contraignantes exigeant que les installations soient raccordées de cette manière. Dès qu'elles sont suffisamment importantes pour être prises en compte dans le mécanisme de rémunération de capacité, les installations peuvent en pratique être réputées pertinentes pour assurer la sécurité d'approvisionnement du pays, indépendamment du réseau auquel elles sont raccordées.

6.3. Si, eu égard aux éléments évoqués dans la note précitée, l'intention est de ne rendre l'autorité fédérale compétente que pour des installations à partir de 25 MW, ce qui, au demeurant, constitue également le seuil à partir duquel les installations de production doivent obtenir une autorisation ¹³, la question se pose de savoir pourquoi on n'utilise pas alors ce seuil de puissance plutôt que le critère du réseau auquel l'installation est connectée ¹⁴.

6.4. L'article 4 de l'avant-projet maintient quant à lui les critères existants en matière d'obligation d'autorisation pour l'application des critères de préqualification relatifs à la mise aux enchères pour les titulaires de capacité de stockage d'énergie, organisée en 2022 dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité. Bien que l'on puisse admettre que, comme le souligne l'exposé des motifs, la sécurité juridique constitue un élément important dans le cadre des critères de recevabilité de cette mise aux enchères, il en résulte que l'avant-projet actuel utilise deux critères différents pour ce qui doit être considéré comme de grandes infrastructures de stockage d'énergie.

¹¹ Le Roi peut du reste uniquement être habilité à exempter des installations de l'obligation d'obtenir une autorisation si ces installations peuvent être réputées relever de la compétence fédérale.

¹² À savoir le seuil de puissance nominale que le Conseil d'État a accepté en principe et sous condition dans l'avis 71.206/3 précité.

¹³ Voir l'article 2, § 2, de l'arrêté royal du 11 octobre 2000 'relatif à l'octroi des autorisations individuelles couvrant l'établissement d'installations de production d'électricité'.

¹⁴ Dans ce cas, l'habilitation au Roi précitée, prévue par l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, 2^o, en projet, de la loi du 29 mars 1999, lui permettant d'exempter de l'obligation d'obtenir une autorisation les nouvelles grandes installations de stockage d'énergie de faible puissance, ne serait sans doute plus nécessaire.

Même temporairement, l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980 peut difficilement être interprété simultanément de deux manières différentes.

7. Le Conseil d'État estime par conséquent devoir mettre en doute le fait que le critère appliqué par les auteurs de l'avant-projet en ce qui concerne la tension pour déterminer ce qui peut être considéré comme de grandes infrastructures de stockage d'énergie, à titre de critère unique, repose sur une interprétation correcte et cohérente des règles répartitrices de compétences.

La circonstance que l'autorité fédérale et les régions soient parvenues à se mettre d'accord sur ce critère en Comité de concertation n'empêche pas, en effet, que, compte tenu de ce qui précède, un critère basé uniquement sur le raccordement à un réseau d'une certaine tension, indépendamment de l'importance de ces infrastructures, est difficilement conciliable avec une disposition de loi spéciale mentionnant uniquement l'importance d'une installation. Le fait que l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 renvoie à la tension de 70 000 volts pour distinguer les réseaux de distribution des réseaux de transport ne signifie pas que ce critère soit également déterminant pour les installations qui sont connectées à ce réseau et qui, du point de vue des règles répartitrices de compétences, doivent être qualifiées selon un autre élément de l'article 6, § 1^{er}, VII ¹⁵.

Le Conseil d'État ne dispose certes pas des connaissances techniques requises pour déterminer lui-même de manière concluante un ou plusieurs critères permettant de délimiter la compétence fédérale en matière de grandes infrastructures de stockage, par exemple uniquement à l'aide d'une puissance donnée en MW. Il lui semble toutefois que, conformément à la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle et à ce qui a déjà été exposé dans l'avis 71.206/3 précité, il doit s'agir d'installations de stockage susceptibles de contribuer significativement à assurer la sécurité d'approvisionnement du pays. La circonstance qu'une installation de stockage soit pour ces motifs prise en compte pour le financement via le mécanisme de rémunération de capacité peut indiquer que ce seuil est effectivement atteint, bien que la décision de l'autorité fédérale d'attribuer un tel financement ne puisse manifestement pas être déterminante pour la qualification au regard des règles répartitrices de compétences.

Même si le critère de la tension est converti en un critère basé sur la puissance, comme il est indiqué dans la note citée à l'observation 3, la question se pose de savoir si le seuil de 25 MW, qui y est mentionné, pour pouvoir conclure à la compétence de l'autorité fédérale – lequel correspond au seuil d'imposition d'une autorisation de production pour les installations de production – ne dépasse pas ce qui peut être considéré comme une « contribution significative » à la sécurité d'approvisionnement, eu égard notamment aux technologies actuelles, à l'importance physique et aux coûts d'investissement de telles installations et au fait que les installations de stockages plus petites entrent elles aussi en ligne de compte pour assurer la sécurité d'approvisionnement via le mécanisme de rémunération de capacité. Il faudra en tout état de cause veiller à ce que les possibilités de l'autorité fédérale d'assurer l'approvisionnement du pays via le

¹⁵ À cet égard, on peut aussi renvoyer à la qualification, au regard de la répartition des compétences, faite par la Cour constitutionnelle, des réseaux fermés industriels, qui ne se fondait pas sur la connexion au réseau de distribution ou au réseau de transport, mais sur la fonctionnalité intrinsèque d'un réseau fermé industriel. C'est sur la base de cette fonctionnalité qu'il a été décidé de la compétence en la matière des régions, y compris pour des réseaux fermés industriels connectés au réseau de transport (C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.10.3-B.12).

mécanisme de rémunération de capacité et de mécanismes similaires restent suffisamment garanties.

Il y a donc lieu de réexaminer l'avant-projet à la lumière des considérations qui précèdent. Si les auteurs estiment devoir maintenir leur point de vue sur le plan de la répartition des compétences, l'exposé des motifs devra en tout cas exposer de manière circonstanciée sur quels éléments objectifs se fonde le critère qu'ils utilisent et quels en sont les conséquences concrètes en pratique, à la lumière de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

8. Dans la phrase liminaire de l'article 2, 2°, de l'avant-projet, on écrira « 118° » au lieu de « 103° ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Martine BAGUET