



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.853/3
van 25 januari 2023

avis 72.853/3
du 25 janvier 2023

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot bekrachtiging van acht koninklijke besluiten inzake energie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 oktober 2022 tot instelling van een mechanisme van staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ten gevolge van de energiecrisis’

un avant-projet de loi ‘portant confirmation de huit arrêtés royaux sur l’énergie et portant la modification de l’arrêté royal du 26 octobre 2022 portant la création d’un mécanisme de garantie de l’Etat pour certains crédits contractés par les fournisseurs et intermédiaires de gaz naturel et d’électricité suite à la crise énergétique’

Op 27 december 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot bekrachtiging van acht koninklijke besluiten inzake energie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 oktober 2022 tot instelling van een mechanisme van staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ten gevolge van de energiecrisis’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 januari 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 januari 2023.

*

Le 27 décembre 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, sur un avant-projet de loi ‘portant confirmation de huit arrêtés royaux sur l'énergie et portant la modification de l'arrêté royal du 26 octobre 2022 portant la création d'un mécanisme de garantie de l'Etat pour certains crédits contractés par les fournisseurs et intermédiaires de gaz naturel et d'électricité suite à la crise énergétique’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 17 janvier 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 janvier 2023.

*

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 in de eerste plaats tot de bekrachtiging van de volgende acht koninklijke besluiten:

- koninklijk besluit van 24 april 2022 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 29 maart 2012 tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de aardgasondernemingen en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan en het koninklijk besluit van 29 maart 2012 tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de elektriciteitsbedrijven en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’ (artikel 2, eerste lid, van het voorontwerp);
- koninklijk besluit van 18 september 2022 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 29 maart 2012 tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de aardgasondernemingen en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan en van het koninklijk besluit van 29 maart 2012 tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de elektriciteitsbedrijven en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’ (artikel 2, tweede lid);
- koninklijk besluit van 24 april 2022 ‘houdende de verlenging van de uitbreiding van de maximumprijzen voor de beschermde residentiële afnemers tot personen met een recht op verhoogde verzekeringstegemoetkoming tot 1 oktober 2022’ (artikel 3, eerste lid);
- koninklijk besluit van 13 augustus 2022 ‘houdende de verlenging van de uitbreiding van de maximumprijzen voor de beschermde residentiële afnemers tot personen met een recht op verhoogde verzekeringstegemoetkoming tot 1 januari 2023’ (artikel 3, tweede lid);
- koninklijk besluit van 28 oktober 2022 ‘houdende de verlenging van de uitbreiding van de maximumprijzen voor de beschermde residentiële afnemers tot personen met een recht op verhoogde verzekeringstegemoetkoming tot 1 april 2023’ (artikel 3, derde lid);
- koninklijk besluit van 6 juni 2022 ‘tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de werkelijke nettokosten voor de ondernemingen die warmte door middel van netten voor warmtevoorziening op afstand leveren aan residentiële beschermde afnemers en van hun betrokkenheid bij de tenlasteneming’ (artikel 4, eerste lid);
- koninklijk besluit van 9 oktober 2022 ‘tot vaststelling voor het jaar 2022 van het bedrag van de repartitiebijdrage bedoeld in artikel 14, § 8, zestiende lid van de wet van 11 april 2003 op de repartitiebijdrage’ (artikel 5);

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

- koninklijk besluit van 26 oktober 2022 ‘tot instelling van een mechanisme van staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ten gevolge van de energiecrisis’ (artikel 6, eerste lid).

Voorts wordt artikel 3 van dat koninklijk besluit van 26 oktober 2022 aangevuld met een nieuw punt 10°, dat als bijkomende voorwaarde voor het in aanmerking komen voor een staatsgarantie oplegt dat de aanvragende kredietnemer niet het voorwerp uitmaakt van een procedure naar Europees of nationaal recht voor de terugvordering van verleende steun (artikel 6, tweede lid).

De bekrachtigingen hebben telkens uitwerking tot de dag waarop het besluit in kwestie in werking is getreden. Bovendien wordt met betrekking tot de bij de voormelde besluiten gewijzigde reglementaire besluiten telkens voorzien in een machtiging aan de Koning om de bekrachtigde bepalingen in de toekomst opnieuw te wijzigen, aan te vullen, te vervangen of op te heffen (artikelen 2, derde lid, 3, vierde lid, 4, tweede lid, en 6, derde lid).

De aan te nemen wet treedt in werking op de dag van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 7).

BEVOEGDHEID

3. In advies 72.294/3 van 13 oktober 2022 heeft de Raad van State het volgende uiteengezet over het ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 26 oktober 2022, dat wordt bekrachtigd en gewijzigd bij artikel 6, eerste en tweede lid, van het voorontwerp:

“4. De Inspecteur van Financiën bij de FOD Financiën formuleert in zijn advies van 27 september 2022 ernstige bezwaren bij de bevoegdheid van de federale overheid voor de ontworpen regeling:

‘Volgens het ontwerp van KB is de wettelijke basis voor deze staatswaarborg artikel 23 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen (de Gaswet) en artikel 32 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (de Elektriciteitswet).

Deze bepalingen voorzien dat ingeval van dreigende of plotse crisis op de energiemarkt, of wanneer de bevoorradingszekerheid van het land in het gedrang komt, of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van uitrusting of installaties of de integriteit van de vervoernetten wordt bedreigd, de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de Commissie en in overleg met de netbeheerder, de nodige beschermingsmaatregelen [kan] nemen, met inbegrip van tijdelijke afwijkingen van de bepalingen van deze wet.

Alleen, deze bepaling is ondergeschikt aan de bijzondere wet van 08.08.1980 en meer bepaald art 6 § 1, VII, a en b volgens dewelke de levering van gas en elektriciteit aan de consumenten een gewestbevoegdheid is. Vraag is dan ook of het niet eerder aan de gewesten is om zo een waarborg te verstrekken?

In haar reactie stelt de beleidscel:

'De regionale overheden zijn inderdaad bevoegd voor de distributie (het plaatselijk vervoer) van elektriciteit en gas. Artikel 6, VII, tweede lid van de BWHI bepaalt echter:

De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten: (...)

- a) De studies over de perspectieven van energiebevoorrading;
- b) De kernbrandstofcyclus;
- c) De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie;
- d) de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, onverminderd de gewestelijke bevoegdheid inzake de tarieven bedoeld in het eerste lid, a) en b)'

Voor onderhavige regeling zijn er bijgevolg verschillende redenen waarom de federale overheid bevoegd is. Het betreft een aangelegenheid die technisch en economisch ondeelbaar is:

- leveranciers en tussenpersonen zijn in de meerderheid der gevallen op nationaal vlak actief. Het betreft dan één vennootschap die actief is in de verschillende regio's. Als er een garantie zou worden gegeven door een regio, zou deze de facto de hele vennootschap ten goede komen;
- leveranciers en tussenpersonen zijn ook actief op vlak van transmissie van energie (minstens voor het aankopen van energie op de energiebeurzen, maar ook bvb. Voor levering aan klanten die rechtstreeks zijn aangesloten op het transmissienet), wat een federale bevoegdheid is;
- het behoud van het evenwicht (de evenwichtsverantwoordelijken responsabiliseren om het evenwicht in hun evenwichtssferen te handhaven, maar ook de nodige balanceringsreserves en -energie aankopen ter herstelling van mogelijke residuele onevenwichten) is een federale bevoegdheid. Het faillissement van een van de betrokken spelers bedreigt het evenwicht, te meer indien de geïdentificeerde sneeuwbal effecten zich voordoen;
- het faillissement van een van de betrokken spelers kan de bevoorradingszekerheid in het gevaar brengen, te meer indien de geïdentificeerde sneeuwbal effecten zich voordoen;
- tot slot is ook de faillissementsregelgeving federaal.

De Inspectie van financiën is niet overtuigd. Als de leveranciers en tussenpersonen in de problemen komen is dat te wijten aan a. onvoldoende dekking wanneer ze langlopende contracten met vaste prijs hebben aangeboden (ondertussen zijn er geen dergelijke contracten meer op de markt) of b. als de consumenten hun facturen niet meer (kunnen) betalen.

Een staatswaarborg is een zekerheid waar beroep kan worden op gedaan als de leveranciers en tussenpersonen geconfronteerd worden met de gevolgen van de hierboven vermelde situaties a en b. en in beide gevallen is de basis van het probleem de levering aan consumenten en dus zitten we op bevoegdheid van de gewesten.'

5. De gemachtigde verstrekke de volgende bijkomende verantwoording van de federale bevoegdheid voor de ontworpen regeling:

‘Voorafgaandelijk wensen wij te verduidelijken dat het liquiditeitsprobleem waar de leveranciers en tussenpersonen momenteel mee geconfronteerd worden, en waaraan met de ontworpen regeling zou worden geredieerd, zich voornamelijk stelt op het niveau van de groothandelsmarkten, die, afhankelijk van het tijdstip van levering, nationaal of Europees georganiseerd zijn. Het is de federale overheid die de regels vaststelt betreffende (de werking van) deze nationale markten (zie bv. het KB van 20 oktober 2005 met betrekking tot de oprichting en de organisatie van een Belgische markt voor de uitwisseling van energieblokken).

Aan de basis van het liquiditeitsprobleem liggen immers de extreem hoge prijzen die op de groothandelsmarkten moeten worden betaald voor gas en elektriciteit en de zgn. 'margin call mechanismes' die daar door de leveranciers en tussenpersonen tegenover gesteld moeten worden. Om prijs- en leveringsrisico's te mitigeren, vragen marktpartijen immers meer en meer dat hun overeenkomsten gedekt worden door financiële waarborgen. Aangezien de waarde van de overeenkomsten significant stijgt (want de marktprijs stijgt), stijgt ook de waarde van deze financiële waarborgen. Deze 'margin call mechanismes' vergroten bijgevolg de reeds aanzienlijke liquiditeitsnoden van leveranciers en tussenpersonen.

(Ter toelichting: de initiële margevereisten (de zogenaamde onderpanden - collateral) zijn in het afgelopen jaar ongeveer verzesvoudigd. Marktvolatiliteit heeft ertoe geleid dat de gemiddelde vereiste variatiemarge van de ene werkdag op de andere met 10 keer is gestegen. Ter illustratie: prijsniveaus voor Nederlands TTF-gas zijn gestegen van 25 EUR / MWh (2 juli 2021) naar 150 EUR (10 oktober 2022) en overschreden 300 EUR in maart en augustus 2022. Een marktactor die grote volumes van gas en elektriciteit via beurzen moest indekken in de zomer van 2021 en een initiële marge van EUR 1 miljard diende te betalen, zag zijn margevereisten stijgen tot EUR 4 miljard in oktober 2021 en uiteindelijk tot EUR 6 miljard in maart 2022 - een verzesvoudiging zonder enige verandering in de afgedekte positie. Hetzelfde bedrijf, dat normaliter dagelijkse marge-kasstromen verwacht die rekening houden met prijsbewegingen van ongeveer EUR 50 miljoen, wordt nu geconfronteerd met variatiemarges van maximaal EUR 500 miljoen binnen een werkdag als gevolg van de extreme volatiliteit van de prijzen.²)

Het is inderdaad ook zo dat er bij de levering op het distributienet een toegenomen wanbetaling door eindafnemers wordt waargenomen, maar dit is niet de belangrijkste oorzaak van de liquiditeitsproblemen bij leveranciers of tussenpersonen. Overigens zullen particuliere eindafnemers quasi altijd aangesloten zijn op het distributienet, maar zijn er evenzeer verschillende eindafnemers aangesloten op het transmissienet.

² Voetnoot 1 van het geciteerde advies: Voetnoot 1 van de verantwoording van de gemachtigde: Deze omstandigheid wordt ook toegelicht eerder dit jaar in een paper van EFET, ter info in bijlage, alsook een rapport van ACER terzake (p.14 onderaan): <https://www.acer.europa.eu/sites/default/files/documents/Publications/ACER%26%23039%3Bs%20Final%20Assessment%20of%20the%20EU%20Wholesale%20Electricity%20Market%20Design.pdf>.

De ontworpen waarborgregeling moet dan ook in het licht van deze bijzondere situatie worden gezien. Door de mogelijkheid te creëren om, onder bepaalde voorwaarden, een staatswaarborg toe te kennen aan leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ter dekking van één of meer gewaarborgde kredieten, remedieert het Koninklijk Besluit aan een situatie die zich voordoet op de groothandelsmarkten. Deze groothandelsmarkten zijn zoals gesteld nationaal gereguleerd: er zijn geen gewestelijke energiebeurzen, noch -prijzen; alle leveranciers en tussenpersonen die in de Belgische energiemarkt actief zijn worden geconfronteerd met dezelfde, nationaal gevormde energieprijzen. Dat is ook logisch, aangezien de bijzondere wetgever het prijsbeleid inzake de levering van elektriciteit en gas uitdrukkelijk heeft uitgezonderd van de bevoegdheden van de gewesten inzake het energiebeleid (art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI). De Belgische biedzone, zoals die volgt uit Europese regelgeving (Europese netwerkcode CACM), valt samen met het Belgische transmissienet (zowel voor gas en elektriciteit).

De ontworpen regeling kan dus worden ingepast in de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven. In dit geval betreft het in het bijzonder de federale voorbehouden bevoegdheid inzake 'De studies over de perspectieven van energiebevoorrading' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a) BWHI en inzake 'de grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI en inzake de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid en onverminderd de gewestelijke bevoegdheden inzake tarieven in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI.

1. De ontworpen regeling strekt ertoe het evenwicht op het transmissienet te waarborgen

De federale overheid is bevoegd om de voorliggende waarborgregeling aan te nemen op grond van haar bevoegdheid inzake het vervoer van elektriciteit en gas via het transmissienet (art. 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI). De federale bevoegdheid met betrekking tot het transmissienet omvat de bevoegdheid inzake de balancerings- en het vraagbeheer op het transmissienet (Adv. RvS nr. 60.616/3 van 4 januari 2017).

De federale overheid is op grond van de bovenvermelde bevoegdheid exclusief bevoegd om maatregelen te nemen die ertoe strekken het evenwicht van het transmissienet [te] waarborgen. Het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem, bedreigt het evenwicht van dit net, *a fortiori* indien een faillissement van een leverancier of een tussenpersoon zich zou voordoen, wat een reëel risico op een sneeuwbal effect met zich zou meebrengen.

Dit onevenwicht ontstaat doordat leveranciers of tussenpersonen omwille van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem niet meer in staat zijn om voldoende energie aan te kopen of op het net te zetten, terwijl de energie nog wel fysiek van het net afgenomen wordt door hun eindklanten. Een dergelijk onevenwicht is van aard om de stabiliteit van het transmissienet ernstig in gevaar te brengen. Vooreerst ter toelichting omtrent de technische werking:

Het transmissienet beschikt op elk toegangspunt over een of meerdere evenwichtsverantwoordelijken (zgn. Balance Responsible Parties of BRP's) die in eerste lijn instaan voor het behoud van het evenwicht tussen elektriciteitsproductie en -consumptie.

De leverancier zelf kan de evenwichtsverantwoordelijke zijn, maar ook een derde partij kan als evenwichtsverantwoordelijke voor hem optreden. In ieder geval, om als leverancier in de Belgische markt te kunnen optreden, is het noodzakelijk dat de leverancier een evenwichtsverantwoordelijke heeft.

De evenwichtsverantwoordelijke moet alle redelijke maatregelen treffen en voorzien om het evenwicht tussen injecties en afnames in zijn portefeuille te behouden.³

Voor zover de evenwichtsverantwoordelijke geen passende maatregelen neemt of kan nemen om het evenwicht in zijn portefeuille te behouden, moet de onevenwichtspositie door de transmissienetbeheerder ondervangen worden door aankopen van deze energie in de balanceringsmarkt. In een 'normaal' scenario rekent de netbeheerder die prijzen vervolgens aan de betrokken evenwichtsverantwoordelijke aan, welke die op zijn beurt zal doorrekenen aan de betrokken leverancier of tussenpersoon. Indien dit niet volstaat om het evenwicht te herstellen, moet de transmissienetbeheerder andere technische ingrepen stellen (cfr. artikel 199 van het Federaal Technisch Reglement).

In de huidige situatie, indien een leverancier die zelf ook evenwichtsverantwoordelijke is er niet meer in slaagt om (voldoende) elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem, kan hij zijn evenwichtsverplichtingen niet langer vervullen en komt de stabiliteit van het transmissienet in het gedrang. Dat risico op onevenwicht stelt zich niet enkel voor leveranciers die ook evenwichtsverantwoordelijke zijn: indien een leverancier of tussenpersoon die niet zelf evenwichtsverantwoordelijke is niet meer in staat is om de nodige energie aan te kopen of op het net te zetten, leidt dit tot een onevenwichtspositie in de portfolio van de evenwichtsverantwoordelijke met wie deze leverancier of tussenpersoon verbonden is.

Indien de transmissienetbeheerder aan de huidige hoge en volatiele marktprijzen finaal aankopen moet doen (voor zover deze in voldoende mate beschikbaar zijn) en deze aanrekent aan de evenwichtsverantwoordelijke, zal de evenwichtsverantwoordelijke deze hoge kosten per hypothese niet meer terugbetaald krijgen van de betrokken leverancier of tussenpersoon.

Op die manier ontstaat een neerwaartse spiraal waarbij de liquiditeitsproblemen van een leverancier leiden tot onevenwichten bij de evenwichtsverantwoordelijke en finaal op het transmissienet, die steeds gecorrigeerd zullen moeten worden door de evenwichtsverantwoordelijke of door de netbeheerder. De stabiliteit van het transmissienet kan op deze manier dus niet langer door de evenwichtsverantwoordelijke of door de netbeheerder worden gewaarborgd.

Om een dergelijke destabilisatie van het transmissienet te vermijden, is het noodzakelijk om in te grijpen. De ingreep situeert zich, zoals gezegd, niet op het niveau van de leveringen aan de eindafnemers. De ingreep situeert zich op het niveau waar het geïdentificeerde liquiditeitsprobleem zich eerst manifesteert, d.w.z. op het niveau van de groothandelsmarkten. Door te voorzien in het mechanisme van een staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit, laat de ontworpen regeling de

³ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Voetnoot 2 van de verantwoording van de gemachtigde: <https://www.elia.be/nl/elektriciteitsmarkt-en-systeem/de-rol-van-de-brp>

leveranciers en tussenpersonen toe om over voldoende liquide middelen te kunnen blijven beschikken om elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten, zodat het evenwicht op het transmissienet gewaarborgd blijft.

Bijgevolg valt de ontworpen waarborgregeling binnen de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheid inzake 'de grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI, waartoe de bevoegdheid inzake de balancerings- en het vraagbeheer op het transmissienet moet worden gerekend.

2. De ontworpen regeling strekt ertoe de bevoorradingszekerheid te garanderen

In het verlengde van de bevoegdheid inzake de balancerings- en het vraagbeheer op het transmissienet is de federale overheid op grond van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI, in samenhang gelezen met artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), BWHI, ook bevoegd om de bevoorradingszekerheid van gas en elektriciteit te waarborgen.

De bevoorradingszekerheid dient niet begrepen te worden als het garanderen van de levering van elektriciteit en/of gas aan een specifieke groep eindafnemers, maar, meer algemeen, als (het waarborgen van) het vermogen van het nationale gas- en elektriciteitsnet om in alle omstandigheden, vooral tijdens piekperiodes van de vraag (meestal in de winter), te voorzien in de hoeveelheid energie die bedrijven en huishoudens nodig hebben.

Het Grondwettelijk Hof stelde reeds expliciet dat de federale overheid op grond van artikel 6, §1, VII, tweede lid, a) en c) BWHI bevoegd is om deel te nemen *'aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, (...), en hierbij op te treden in het belang van 's lands energiebevoorrading'* (GwH 21 januari 2016, nr. 8/2016). Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State stelde eerder al dat de federale overheid bevoegd is om te voorzien *'in een mechanisme om voldoende productiecapaciteit ter beschikking te hebben, teneinde de bevoorradingszekerheid tijdens winterperiodes te vrijwaren'* (Adv. 54.884/3 van 20 januari 2014). Dit sluit, volgens de Raad van State, *'aan bij de federale bevoegdheden inzake energiebeleid, in het bijzonder de voorbehouden aangelegenheden vermeld in artikel 6, §1, VII, tweede lid, a en c BWHI'*.

Welnu, de ontworpen waarborgregeling heeft niet alleen als doelstelling om het evenwicht op het transmissienet te waarborgen, maar ook om de bevoorradingszekerheid van het gas- en elektriciteitsnet voor het gehele land te garanderen. In geval van een eventueel faillissement van een leverancier of tussenpersoon als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem – en het sneeuwbaaleffect dat dit kan teweegbrengen – is het risico reëel dat de bevoorradingszekerheid van het land zelf in het gedrang zou komen. De volumes energie die vrijkomen doordat leveranciers die op de Belgische markt actief zijn, failliet zouden gaan, worden in een dergelijk scenario immers niet per definitie gekocht door andere leveranciers die ook op de Belgische markt actief zijn. Integendeel, in alle Europese landen wordt op dit moment sterk naar volumes energie gezocht. In een dergelijke hyperconcurrentiële markt is het risico zeer groot dat, in geval van een faillissement van een of meer leveranciers of tussenpersonen, er (grote) volumes energie uit de Belgische markt zouden verdwijnen. Indien deze onbeschikbare capaciteit van aanzienlijke omvang is, komt de bevoorradingszekerheid als zodanig ernstig in gevaar. Deze problematiek stelt zich in het bijzonder voor wat betreft gas. Een eventueel faillissement van een

gasleverancier of tussenpersoon zou er immers toe leiden dat minder gas wordt aangekocht bij upstream gasproducenten, waardoor de fysieke toevoer naar België zal verminderen of, in het slechtste geval (in geval van een sneeuwbaaleffect op de markt), zelfs dreigt stil te vallen.

Dit brengt een onaanvaardbaar risico voor de bevoorradingszekerheid met zich mee, *a fortiori* tijdens de winterperiode wanneer de energievraag piekt.

De ontworpen regeling strekt er dan ook toe het vermogen van het nationale gas- en elektriciteitsnet te waarborgen, door ervoor te zorgen dat leveranciers en tussenpersonen hun liquide middelen kunnen aanwenden om de gecontracteerde volumes energie te betalen, zodat deze volumes beschikbaar blijven op de Belgische markt.

3. Besluit

Uit wat voorafgaat, blijkt dat er dus verschillende aanknopingspunten zijn met voorbehouden bevoegdheden van de federale overheid in het kader van het energiebeleid. Op grond van elk van die bevoegdheden kan de federale overheid de ontworpen regeling aannemen, en dit ongeacht of de kredietnemer toegangshouder is op het transmissie- of distributienet, *c.q.* of hij houder is van een federale of gewestelijke vergunning. Om op de Belgische markt te kunnen optreden als leverancier zal men immers steeds een evenwichtsverantwoordelijke dienen te hebben, gezien de noodzaak om het evenwicht op het transmissienet te bewaren.

Overigens is er ook een grondslag te vinden bij de federale voorbehouden bevoegdheid inzake het prijsbeleid (inzake de levering van elektriciteit en gas (art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI) en de bevoegdheden van de federale overheid in economische aangelegenheden (art. 6, §1, VI, tweede lid, BWHI), in de mate dat de ontworpen regeling er bijkomend ook toe strekt de negatieve gevolgen van een eventueel faillissement van een energieleverancier of tussenpersoon op de ruimere, nationaal georganiseerde markt te vermijden, niet in het minst voor de betrokken klanten die in dat geval een nog hogere energieprijs zouden moeten betalen.⁴

6. De ontworpen regeling behelst een overheidsgarantie die blijkens artikel 2 ten goede komt aan leveranciers die over een federale of regionale leveringsvergunning beschikken voor de levering van elektriciteit of aardgas aan afnemers op de Belgische markt, alsook aan de tussenpersonen die aardgas of elektriciteit aankopen met het oog op de doorverkoop ervan aan de voormelde leveranciers. Het toepassingsgebied omvat bijgevolg niet enkel personen die actief zijn op het transmissienet voor elektriciteit of het vervoersnet voor aardgas, maar ook personen die onder de bevoegdheid van de gewesten vallen en waarvoor de gewesten verantwoordelijk zijn bij faillissement.⁴

De door de gemachtigde ingeroepen bevoegdheidsgronden betreffen in hoofdzaak drie aan de federale overheid voorbehouden aangelegenheden die ‘wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven’, namelijk ‘[d]e studies over de perspectieven van energiebevoorrading’, ‘[d]e grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie’ en ‘de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid (...)’ (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: In dat verband kan worden gewezen op de verplichtingen die aan de netbeheerders worden opgelegd bij een faillissement of een gerechtelijke organisatie, zie bijvoorbeeld artikel 4.3.3 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 en artikel 25 *noviesdecies* van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

7.1. Ook al wordt betoogd dat de doelstelling van de ontworpen regeling erin bestaat het evenwicht op het transmissienet en de bevoorradingszekerheid te waarborgen, is niet zozeer de doelstelling van een maatregel bepalend voor de bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie, maar wel de inhoud en de aard ervan. Het verlenen van de staatswaarborg is een vorm van financiële ondersteuning van de betrokken leveranciers en tussenpersonen die weliswaar een gunstig effect kan hebben op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradingszekerheid, maar dat betekent nog niet dat elke maatregel die een dergelijk effect heeft, daardoor tot de bevoegdheid van de federale overheid kan worden gerekend.

7.2. Het zo-even geschetste gunstige effect op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradingszekerheid impliceert nog niet dat het gaat om een aangelegenheid die, blijkens de inleidende zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wegens de technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeft. Leveranciers en tussenpersonen zijn in de regel weliswaar actief in meerdere gewesten, maar nu reeds moeten zij rekening houden met de verscheidenheid in regelgeving van die verschillende gewesten, onder meer wat betreft de beschermde afnemers, die een bijzonder liquiditeitsrisico vormen voor de leveranciers, en stemmen zij hun marktvoorwaarden daarop af. Ook de tussenpersonen moeten zich schikken naar de regels van de netten waarop ze actief zijn.

7.3. Meer fundamenteel valt niet goed in te zien hoe de ontworpen regeling kan worden beschouwd als een maatregel die betrekking heeft op '[d]e studies over de perspectieven van energiebevoorrading' en '[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie' (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a) en c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'). Indien al zou zijn voldaan aan de voorwaarde in de inleidende zin van dat tweede lid, is immers nog steeds vereist dat het gaat om één van de in dat lid opgesomde aangelegenheden.

De financiële ondersteuning door middel van het verlenen van een staatswaarborg is veel verregaander dan het uitvoeren van studies als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), en kan dan ook niet worden ingepast in die aangelegenheid.⁵ Het verband tussen de financiële ondersteuning en de 'grote infrastructuren' als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), wordt door de gemachtigde evenmin aangetoond en lijkt alleszins veeleer onrechtstreeks te zijn. Dat geldt eveneens voor de aangelegenheid van de tarieven als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d). Weliswaar kan de minister bevoegd voor energie overeenkomstig artikel 2, tweede lid, van het ontwerp, bij het toekennen van de staatswaarborg aanvullende voorwaarden vaststellen die mogelijkterwijls in verband kunnen worden gebracht met het prijsbeleid, maar dat houdt nog niet in dat die staatswaarborg zelf als een maatregel van prijsbeleid kan worden beschouwd.

⁵ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Zie adv.RvS 63.241/3 van 3 mei 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 30 juli 2018 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met het oog op het aanpassen van het wettelijk kader voor de strategische reserve', *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3208/001, 56 (opmerking 3).

7.4. De omstandigheid dat de leveranciers en tussenpersonen ook actief zijn op het transmissienet, zoals wordt betoogd door de gemachtigde, neemt niet weg dat ze ook actief zijn op het distributienet en dat de door de gemachtigde geschetste risico's van een faillissement van leveranciers en tussenpersonen niet alleen betrekking hebben op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradingszekerheid,⁶ maar ook op de negatieve impact op de klanten van leveranciers. De financiële ondersteuning van leveranciers die actief zijn op het distributienet, teneinde te vermijden dat door liquiditeitsproblemen de levering van energie aan eindafnemers in het gedrag komt, is een maatregel die in belangrijke mate tot de bevoegdheid van de gewesten moet worden gerekend en die in zeker zin zelfs het spiegelbeeld vormt van de bescherming van financieel kwetsbare afnemers met het oog op een gewaarborgde minimale energielevering.

Het valt weliswaar niet uit te sluiten dat de federale overheid bevoegd is voor de financiële ondersteuning van leveranciers en tussenpersonen, in zoverre ze actief zijn op het transmissienet, maar de strekking van de ontworpen regeling reikt onbetwistbaar verder en lijkt dan ook de zo-even geschetste gewestbevoegdheid te betreden.

7.5. Ook de door de gemachtigde aangevoerde federale voorbehouden bevoegdheden inzake economie lijken niet ter zake te zijn. De faillissementswetgeving is weliswaar een dergelijke voorbehouden aangelegenheid,⁷ maar de loutere omstandigheid dat de ontworpen regeling de liquiditeitspositie van een onderneming versterkt is onvoldoende om die aan te merken als een element van de faillissementswetgeving, en dus als een onderdeel van die voorbehouden federale aangelegenheid.

8. De conclusie is dan ook dat de Raad van State, aan de hand van de thans voorliggende argumentatie, geen overtuigende bevoegdheidsgronden ziet voor de ontworpen regeling. Enkel een teruggesnoeide regeling, die beperkt is tot de leveranciers en de tussenpersonen, in zoverre zij actief zijn op het transmissienet, zou in de zo-even aangehaalde bevoegdheidsgronden kunnen worden ingepast, al zal dat ook afhangen van de concrete uitwerking van een dergelijke regeling.

In elk geval heeft ook een aldus teruggesnoeide regeling gevolgen voor de volledige bevoorradingsketen en is ze van dien aard dat erover voorafgaand overleg moet worden gepleegd met de gewesten overeenkomstig artikel 6, § 3, 2° en 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Het verdere onderzoek van het ontwerp is dan ook subsidiair aan het zo-even geschetste bevoegdheidsprobleem.”

Die bevoegdheidsbezwaren gelden nog steeds, ook indien het koninklijk besluit van 26 oktober 2022 wordt bekrachtigd.

⁶ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Overigens heeft de Raad van State in het door de gemachtigde aangehaalde advies 60.616/3 een voorbehoud geformuleerd inzake de gewestelijke bevoegdheid inzake balanceren en vraagbeheer op het distributienet (adv.RvS 60.616/3 van 4 januari 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 juli 2017 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, met het oog op de verbetering van de vraagflexibiliteit en van de opslag van elektriciteit’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2528/001, 44-45 (opmerking 3.2)).

⁷ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Artikel 5, § 1, VI, 6, § 1, VI, vijfde lid, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 6

4. De bekrachtiging van het koninklijk besluit van 26 oktober 2022 is – in tegenstelling tot de andere bekrachtigingen in het ontwerp – niet voorgeschreven door de rechtsgrond, maar is allicht ook ingegeven door een rechtsgrondprobleem voor de regeling van de vergoeding door de kredietnemer in artikel 5 van dat besluit. In het voormelde advies 72.294/3 werd immers het volgende opgemerkt met betrekking tot de grenzen van de ingeroepen rechtsgrondbepalingen (artikel 32 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ en in artikel 23 van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’) (opmerking 9.3):

“De notie ‘nodige beschermingsmaatregelen’ [waarvan gewag wordt gemaakt in de voormelde wetsbepalingen] is ruim geformuleerd en kan ook financiële ondersteuning omvatten, zoals het verlenen van een staatswaarborg.

Dat neemt niet weg dat bij artikel 5 van het ontwerp wordt voorzien in een vergoeding die de kredietnemer verschuldigd is in ruil voor het verlenen van de staatswaarborg. Een dergelijke vergoeding van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de betrokken kredietnemer, individueel beschouwd, moet worden aanzien als een retributie in de zin van artikel 173 van de Grondwet, en vergt overeenkomstig die grondwetsbepaling een uitdrukkelijke wettelijke grondslag, die nu niet voorhanden is.

Aangezien die vergoedingsregeling onlosmakelijk verbonden lijkt te zijn met de hele ontworpen regeling, zal eerst moeten worden voorzien in een dergelijke uitdrukkelijke wettelijke grondslag, vooraleer de ontworpen regeling doorgang kan vinden.”

Het te bekrachtigen besluit werd aangenomen zonder dat eerst in een bijkomende rechtsgrond werd voorzien. Door de bekrachtiging en door de machtiging aan de Koning in artikel 6, derde lid, van het voorontwerp wordt dat rechtsprobleem alsnog verholpen, maar dat neemt niet weg dat het uiterst raadzaam is – weliswaar met inachtneming van het hoger in herinnering gebrachte bevoegdheidsvoorbehoud – om voor de toekomst in een expliciete rechtsgrond te voorzien, op zijn minst voor het uitwerken van gelijkaardige of navolgende vergoedingsregelingen.

5. In artikel 6, derde lid, worden de woorden “bekrachtigd bij wet” het best vervangen door de woorden “bekrachtigd *en gewijzigd* bij *deze* wet”, zodat er geen twijfel over kan bestaan dat ook het ontworpen artikel 3, 10°, van het koninklijk besluit van 26 oktober 2022 kan worden gewijzigd bij koninklijk besluit.

*

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 tout d'abord pour objet de confirmer les huit arrêtés royaux suivants :

- l'arrêté royal du 24 avril 2022 'portant modification de l'arrêté royal du 29 mars 2012 fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises de gaz naturel et les règles d'intervention pour leur prise en charge et l'arrêté royal du 29 mars 2012 fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises d'électricité et les règles d'intervention pour leur prise en charge' (article 2, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet) ;
- l'arrêté royal du 18 septembre 2022 'portant modification de l'arrêté royal du 29 mars 2012 fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises de gaz naturel et les règles d'intervention pour leur prise en charge et de l'arrêté royal du 29 mars 2012 fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises d'électricité et les règles d'intervention pour leur prise en charge' (article 2, alinéa 2) ;
- l'arrêté royal du 24 avril 2022 'portant la prolongation de l'extension des prix maximaux pour les clients protégés résidentiels aux bénéficiaires de l'intervention majorée jusqu'au 1^{er} octobre 2022' (article 3, alinéa 1^{er}) ;
- l'arrêté royal du 13 août 2022 'portant la prolongation de l'extension des prix maximaux pour les clients protégés résidentiels aux bénéficiaires de l'intervention majorée jusqu'au 1^[er] janvier 2023' (article 3, alinéa 2) ;
- l'arrêté royal du 28 octobre 2022 'portant la prolongation de l'extension des prix maximaux pour les clients protégés résidentiels aux bénéficiaires de l'intervention majorée jusqu'au 1^{er} avril 2023' (article 3, alinéa 3) ;
- l'arrêté royal du 6 juin 2022 'fixant les règles de détermination du coût réel net pour les entreprises fournissant de la chaleur à des clients résidentiels protégés au moyen de réseaux de distribution de chaleur à distance, et de leur intervention pour sa prise en charge' (article 4, alinéa 1^{er}) ;
- l'arrêté royal du 9 octobre 2022 'fixant pour l'année 2022 le montant de la contribution de répartition visée à l'article 14, § 8, alinéa 16, de la loi du 11 avril 2003 sur la contribution de répartition' (article 5) ;
- l'arrêté royal du 26 octobre 2022 'portant la création d'un mécanisme de garantie de l'État pour certains crédits contractés par les fournisseurs et intermédiaires de gaz naturel et d'électricité suite à la crise énergétique' (article 6, alinéa 1^{er}).

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

Par ailleurs, l'article 3 de cet arrêté royal du 26 octobre 2022 est complété par un nouveau 10°, qui impose comme condition supplémentaire d'éligibilité à la garantie de l'État que l'emprunteur demandeur ne fasse pas l'objet d'une procédure de recouvrement de l'aide accordée en vertu du droit européen ou national (article 6, alinéa 2).

Les confirmations produisent chaque fois leurs effets le jour de l'entrée en vigueur de l'arrêté en question. En outre, en ce qui concerne les arrêtés réglementaires modifiés par les arrêtés précités, il est chaque fois prévu une habilitation au Roi lui permettant de modifier, compléter, remplacer ou abroger à nouveau, à l'avenir, les dispositions confirmées (articles 2, alinéa 3, 3, alinéa 4, 4, alinéa 2, et 6, alinéa 3).

La loi dont l'adoption est envisagée entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 7).

COMPÉTENCE

3. Dans l'avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, le Conseil d'État a exposé ce qui suit à propos du projet devenu l'arrêté royal du 26 octobre 2022, qui est confirmé et modifié par l'article 6, alinéas 1^{er} et 2, de l'avant-projet :

« 4. Dans son avis du 27 septembre 2022, l'inspecteur des Finances accrédité auprès du SPF Finances formule de sérieuses objections quant à la compétence de l'autorité fédérale en ce qui concerne le régime en projet :

‘Volgens het ontwerp van KB is de wettelijke basis voor deze staatswaarborg artikel 23 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen (de Gaswet) en artikel 32 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (de Elektriciteitswet).

Deze bepalingen voorzien dat ingeval van dreigende of plotse crisis op de energiemarkt, of wanneer de bevoorradingszekerheid van het land in het gedrang komt, of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van uitrusting of installaties of de integriteit van de vervoernetten wordt bedreigd, de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de Commissie en in overleg met de netbeheerder, de nodige beschermingsmaatregelen [kan] nemen, met inbegrip van tijdelijke afwijkingen van de bepalingen van deze wet.

Alleen, deze bepaling is ondergeschikt aan de bijzondere wet van 08.08.1980 en meer bepaald art 6 § 1, VII, a en b volgens dewelke de levering van gas en elektriciteit aan de consumenten een gewestbevoegdheid is. Vraag is dan ook of het niet eerder aan de gewesten is om zo een waarborg te verstrekken?

In haar reactie stelt de beleidscel :

' De regionale overheden zijn inderdaad bevoegd voor de distributie (het plaatselijk vervoer) van elektriciteit en gas. Artikel 6, VII, tweede lid van de BWHI bepaalt echter :

De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten : (...)

- a) De studies over de perspectieven van energiebevoorrading ;
- b) De kernbrandstofcyclus ;
- c) De grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie ;
- d) de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, onverminderd de gewestelijke bevoegdheid inzake de tarieven bedoeld in het eerste lid, a) en b) '.

Voor onderhavige regeling zijn er bijgevolg verschillende redenen waarom de federale overheid bevoegd is. Het betreft een aangelegenheid die technisch en economisch ondeelbaar is :

- leveranciers en tussenpersonen zijn in de meerderheid der gevallen op nationaal vlak actief. Het betreft dan één vennootschap die actief is in de verschillende regio's. Als er een garantie zou worden gegeven door een regio, zou deze de facto de hele vennootschap ten goede komen ;
- leveranciers en tussenpersonen zijn ook actief op vlak van transmissie van energie (minstens voor het aankopen van energie op de energiebeurzen, maar ook bvb. Voor levering aan klanten die rechtstreeks zijn aangesloten op het transmissienet), wat een federale bevoegdheid is ;
- het behoud van het evenwicht (de evenwichtsverantwoordelijken responsabiliseren om het evenwicht in hun evenwichtssperimeter te handhaven, maar ook de nodige balanceringsreserves en -energie aankopen ter herstelling van mogelijke residuele onevenwichten) is een federale bevoegdheid. Het faillissement van een van de betrokken spelers bedreigt het evenwicht, te meer indien de geïdentificeerde sneeuwbal effecten zich voordoen ;
- het faillissement van een van de betrokken spelers kan de bevoorradingszekerheid in het gevaar brengen, te meer indien de geïdentificeerde sneeuwbal effecten zich voordoen ;
- tot slot is ook de faillissementsregelgeving federaal.

De Inspectie van financiën is niet overtuigd. Als de leveranciers en tussenpersonen in de problemen komen is dat te wijten aan a. onvoldoende dekking wanneer ze langlopende contracten met vaste prijs hebben aangeboden (ondertussen zijn er geen dergelijke contracten meer op de markt) of b. als de consumenten hun facturen niet meer (kunnen) betalen.

Een staatswaarborg is een zekerheid waar beroep kan worden op gedaan als de leveranciers en tussenpersonen geconfronteerd worden met de gevolgen van de hierboven vermelde situaties a en b. en in beide gevallen is de basis van het probleem de levering aan consumenten en dus zitten we op bevoegdheid van de gewesten.'

5. Le délégué a fourni la justification complémentaire suivante en ce qui concerne la compétence fédérale à l'égard du régime en projet :

‘Voorafgaandelijk wensen wij te verduidelijken dat het liquiditeitsprobleem waar de leveranciers en tussenpersonen momenteel mee geconfronteerd worden, en waaraan met de ontworpen regeling zou worden geredieerd, zich voornamelijk stelt op het niveau van de groothandelsmarkten, die, afhankelijk van het tijdstip van levering, nationaal of Europees georganiseerd zijn. Het is de federale overheid die de regels vaststelt betreffende (de werking van) deze nationale markten (zie bv. het KB van 20 oktober 2005 met betrekking tot de oprichting en de organisatie van een Belgische markt voor de uitwisseling van energieblokken).

Aan de basis van het liquiditeitsprobleem liggen immers de extreem hoge prijzen die op de groothandelsmarkten moeten worden betaald voor gas en elektriciteit en de zgn. ‘margin call mechanismes’ die daar door de leveranciers en tussenpersonen tegenover gesteld moeten worden. Om prijs- en leveringsrisico's te mitigeren, vragen marktpartijen immers meer en meer dat hun overeenkomsten gedekt worden door financiële waarborgen. Aangezien de waarde van de overeenkomsten significant stijgt (want de marktprijs stijgt), stijgt ook de waarde van deze financiële waarborgen. Deze ‘margin call mechanismes’ vergroten bijgevolg de reeds aanzienlijke liquiditeitsnoden van leveranciers en tussenpersonen.

(Ter toelichting: de initiële margevereisten (de zogenaamde onderpanden - collateral) zijn in het afgelopen jaar ongeveer verzesvoudigd. Marktvolatiliteit heeft ertoe geleid dat de gemiddelde vereiste variatiemarge van de ene werkdag op de andere met 10 keer is gestegen. Ter illustratie: prijsniveaus voor Nederlands TTF-gas zijn gestegen van 25 EUR / MWh (2 juli 2021) naar 150 EUR (10 oktober 2022) en overschreden 300 EUR in maart en augustus 2022. Een marktactor die grote volumes van gas en elektriciteit via beurzen moest indekken in de zomer van 2021 en een initiële marge van EUR 1 miljard diende te betalen, zag zijn margevereisten stijgen tot EUR 4 miljard in oktober 2021 en uiteindelijk tot EUR 6 miljard in maart 2022 - een verzesvoudiging zonder enige verandering in de afgedekte positie. Hetzelfde bedrijf, dat normaliter dagelijkse marge-kasstromen verwacht die rekening houden met prijsbewegingen van ongeveer EUR 50 miljoen, wordt nu geconfronteerd met variatiemarges van maximaal EUR 500 miljoen binnen een werkdag als gevolg van de extreme volatiliteit van de prijzen ²).

Het is inderdaad ook zo dat er bij de levering op het distributienet een toegenomen wanbetaling door eindafnemers wordt waargenomen, maar dit is niet de belangrijkste oorzaak van de liquiditeitsproblemen bij leveranciers of tussenpersonen. Overigens zullen particuliere eindafnemers quasi altijd aangesloten zijn op het distributienet, maar zijn er evenzeer verschillende eindafnemers aangesloten op het transmissienet.

² Note de bas de page 1 de l'avis cité : Note de bas de page 1 de la justification du délégué : Deze omstandigheid wordt ook toegelicht eerder dit jaar in een paper van EFET, ter info in bijlage, alsook een rapport van ACER terzake (p.14 onderaan) :

<https://www.acer.europa.eu/sites/default/files/documents/Publications/ACER%26%23039%3Bs%20Final%20Assessment%20of%20the%20EU%20Wholesale%20Electricity%20Market%20Design.pdf>.

De ontworpen waarborgregeling moet dan ook in het licht van deze bijzondere situatie worden gezien. Door de mogelijkheid te creëren om, onder bepaalde voorwaarden, een staatswaarborg toe te kennen aan leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ter dekking van één of meer gewaarborgde kredieten, remedieert het Koninklijk Besluit aan een situatie die zich voordoet op de groothandelsmarkten. Deze groothandelsmarkten zijn zoals gesteld nationaal gereguleerd : er zijn geen gewestelijke energiebeurzen, noch -prijzen; alle leveranciers en tussenpersonen die in de Belgische energiemarkt actief zijn worden geconfronteerd met dezelfde, nationaal gevormde energieprijzen. Dat is ook logisch, aangezien de bijzondere wetgever het prijsbeleid inzake de levering van elektriciteit en gas uitdrukkelijk heeft uitgezonderd van de bevoegdheden van de gewesten inzake het energiebeleid (art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI). De Belgische biedzone, zoals die volgt uit Europese regelgeving (Europese netwerkcode CACM), valt samen met het Belgische transmissienet (zowel voor gas en elektriciteit).

De ontworpen regeling kan dus worden ingepast in de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven. In dit geval betreft het in het bijzonder de federale voorbehouden bevoegdheid inzake 'De studies over de perspectieven van energiebevoorrading' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a) BWHI en inzake 'de grote infrastructuur voor de stockering ; het vervoer en de produktie van energie' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI en inzake de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid en onverminderd de gewestelijke bevoegdheden inzake tarieven in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI.

1. De ontworpen regeling strekt ertoe het evenwicht op het transmissienet te waarborgen

De federale overheid is bevoegd om de voorliggende waarborgregeling aan te nemen op grond van haar bevoegdheid inzake het vervoer van elektriciteit en gas via het transmissienet (art. 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI). De federale bevoegdheid met betrekking tot het transmissienet omvat de bevoegdheid inzake de balancerings- en het vraagbeheer op het transmissienet (Adv. RvS nr. 60.616/3 van 4 januari 2017).

De federale overheid is op grond van de bovenvermelde bevoegdheid exclusief bevoegd om maatregelen te nemen die ertoe strekken het evenwicht van het transmissienet [te] waarborgen. Het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem, bedreigt het evenwicht van dit net, *a fortiori* indien een faillissement van een leverancier of een tussenpersoon zich zou voordoen, wat een reëel risico op een sneeuwbal effect met zich zou meebrengen.

Dit onevenwicht ontstaat doordat leveranciers of tussenpersonen omwille van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem niet meer in staat zijn om voldoende energie aan te kopen of op het net te zetten, terwijl de energie nog wel fysiek van het net afgenomen wordt door hun eindklanten. Een dergelijk onevenwicht is van aard om de stabiliteit van het transmissienet ernstig in gevaar te brengen. Vooreerst ter toelichting omtrent de technische werking :

Het transmissienet beschikt op elk toegangspunt over een of meerdere evenwichtsverantwoordelijken (zgn. Balance Responsible Parties of BRP's) die in eerste lijn instaan voor het behoud van het evenwicht tussen elektriciteitsproductie en -consumptie.

De leverancier zelf kan de evenwichtsverantwoordelijke zijn, maar ook een derde partij kan als evenwichtsverantwoordelijke voor hem optreden. In ieder geval, om als leverancier in de Belgische markt te kunnen optreden, is het noodzakelijk dat de leverancier een evenwichtsverantwoordelijke heeft.

De evenwichtsverantwoordelijke moet alle redelijke maatregelen treffen en voorzien om het evenwicht tussen injecties en afnames in zijn portefeuille te behouden.³

Voor zover de evenwichtsverantwoordelijke geen passende maatregelen neemt of kan nemen om het evenwicht in zijn portefeuille te behouden, moet de onevenwichtspositie door de transmissienetbeheerder ondervangen worden door aankopen van deze energie in de balanceringsmarkt. In een 'normaal' scenario rekent de netbeheerder die prijzen vervolgens aan de betrokken evenwichtsverantwoordelijke aan, welke die op zijn beurt zal doorrekenen aan de betrokken leverancier of tussenpersoon. Indien dit niet volstaat om het evenwicht te herstellen, moet de transmissienetbeheerder andere technische ingrepen stellen (cfr. Artikel 199 van het Federaal Technisch Reglement).

In de huidige situatie, indien een leverancier die zelf ook evenwichtsverantwoordelijke is er niet meer in slaagt om (voldoende) elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem, kan hij zijn evenwichtsverplichtingen niet langer vervullen en komt de stabiliteit van het transmissienet in het gedrang. Dat risico op onevenwicht stelt zich niet enkel voor leveranciers die ook evenwichtsverantwoordelijke zijn indien een leverancier of tussenpersoon die niet zelf evenwichtsverantwoordelijke is niet meer in staat is om de nodige energie aan te kopen of op het net te zetten, leidt dit tot een onevenwichtspositie in de portfolio van de evenwichtsverantwoordelijke met wie deze leverancier of tussenpersoon verbonden is.

Indien de transmissienetbeheerder aan de huidige hoge en volatiele marktprijzen finaal aankopen moet doen (voor zover deze in voldoende mate beschikbaar zijn) en deze aanrekent aan de evenwichtsverantwoordelijke, zal de evenwichtsverantwoordelijke deze hoge kosten per hypothese niet meer terugbetaald krijgen van de betrokken leverancier of tussenpersoon.

Op die manier ontstaat een neerwaartse spiraal waarbij de liquiditeitsproblemen van een leverancier leiden tot onevenwichten bij de evenwichtsverantwoordelijke en finaal op het transmissienet, die steeds gecorrigeerd zullen moeten worden door de evenwichtsverantwoordelijke of door de netbeheerder. De stabiliteit van het transmissienet kan op deze manier dus niet langer door de evenwichtsverantwoordelijke of door de netbeheerder worden gewaarborgd.

Om een dergelijke destabilisatie van het transmissienet te vermijden, is het noodzakelijk om in te grijpen. De ingreep situeert zich, zoals gezegd, niet op het niveau van de leveringen aan de eindafnemers. De ingreep situeert zich op het niveau waar het geïdentificeerde liquiditeitsprobleem zich eerst manifesteert, d.w.z. op het niveau van de groothandelsmarkten. Door te voorzien in het mechanisme van een staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit, laat de ontworpen regeling de

³ Note de bas de page 2 de l'avis cité : Note de bas de page 2 de la justification du délégué : <https://www.elia.be/nl/elektriciteitsmarkt-en-systeem/de-rol-van-de-brp>

leveranciers en tussenpersonen toe om over voldoende liquide middelen te kunnen blijven beschikken om elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten, zodat het evenwicht op het transmissienet gewaarborgd blijft.

Bijgevolg valt de ontworpen waarborgregeling binnen de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheid inzake 'de grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI, waartoe de bevoegdheid inzake de balancering en het vraagbeheer op het transmissienet moet worden gerekend.

2. De ontworpen regeling strekt ertoe de bevoorradingszekerheid te garanderen

In het verlengde van de bevoegdheid inzake de balancering en het vraagbeheer op het transmissienet is de federale overheid op grond van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI, in samenhang gelezen met artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), BWHI, ook bevoegd om de bevoorradingszekerheid van gas en elektriciteit te waarborgen.

De bevoorradingszekerheid dient niet begrepen te worden als het garanderen van de levering van elektriciteit en/of gas aan een specifieke groep eindafnemers, maar, meer algemeen, als (het waarborgen van) het vermogen van het nationale gas- en elektriciteitsnet om in alle omstandigheden, vooral tijdens piekperiodes van de vraag (meestal in de winter), te voorzien in de hoeveelheid energie die bedrijven en huishoudens nodig hebben.

Het Grondwettelijk Hof stelde reeds expliciet dat de federale overheid op grond van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a) en c) BWHI bevoegd is om deel te nemen '*aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, (...), en hierbij op te treden in het belang van 's lands energiebevoorrading*' (GwH, 21 januari 2016, nr. 8/2016). Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State stelde eerder al dat de federale overheid bevoegd is om te voorzien '*in een mechanisme om voldoende productiecapaciteit ter beschikking te hebben, teneinde de bevoorradingszekerheid tijdens winterperiodes te vrijwaren*' (Adv. 54.884/3 van 20 januari 2014). Dit sluit, volgens de Raad van State, '*aan bij de federale bevoegdheden inzake energiebeleid, in het bijzonder de voorbehouden aangelegenheden vermeld in artikel 6, § , VII, tweede lid, a en c BWHI*'.

Welnu, de ontworpen waarborgregeling heeft niet alleen als doelstelling om het evenwicht op het transmissienet te waarborgen, maar ook om de bevoorradingszekerheid van het gas- en elektriciteitsnet voor het gehele land te garanderen. In geval van een eventueel faillissement van een leverancier of tussenpersoon als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem – en het sneeuwbaaleffect dat dit kan teweegbrengen – is het risico reëel dat de bevoorradingszekerheid van het land zelf in het gedrang zou komen. De volumes energie die vrijkomen doordat leveranciers die op de Belgische markt actief zijn, failliet zouden gaan, worden in een dergelijk scenario immers niet per definitie gekocht door andere leveranciers die ook op de Belgische markt actief zijn. Integendeel, in alle Europese landen wordt op dit moment sterk naar volumes energie gezocht. In een dergelijke hyperconcurrentiële markt is het risico zeer groot dat, in geval van een faillissement van een of meer leveranciers of tussenpersonen, er (grote) volumes energie uit de Belgische markt zouden verdwijnen. Indien deze onbeschikbare capaciteit van aanzienlijke omvang is, komt de bevoorradingszekerheid als zodanig ernstig in gevaar. Deze problematiek stelt zich in het bijzonder voor wat betreft gas. Een eventueel faillissement van een

gasleverancier of tussenpersoon zou er immers toe leiden dat minder gas wordt aangekocht bij upstream gasproducenten, waardoor de fysieke toevoer naar België zal verminderen of, in het slechtste geval (in geval van een sneeuwbaaleffect op de markt), zelfs dreigt stil te vallen.

Dit brengt een onaanvaardbaar risico voor de bevoorradingszekerheid met zich mee, *a fortiori* tijdens de winterperiode wanneer de energievraag piekt.

De ontworpen regeling strekt er dan ook toe het vermogen van het nationale gas- en elektriciteitsnet te waarborgen, door ervoor te zorgen dat leveranciers en tussenpersonen hun liquide middelen kunnen aanwenden om de gecontracteerde volumes energie te betalen, zodat deze volumes beschikbaar blijven op de Belgische markt.

3. Besluit

Uit wat voorafgaat, blijkt dat er dus verschillende aanknopingspunten zijn met voorbehouden bevoegdheden van de federale overheid in het kader van het energiebeleid. Op grond van elk van die bevoegdheden kan de federale overheid de ontworpen regeling aannemen, en dit ongeacht of de kredietnemer toegangshouder is op het transmissie- of distributienet, *c.q.* of hij houder is van een federale of gewestelijke vergunning. Om op de Belgische markt te kunnen optreden als leverancier zal men immers steeds een evenwichtsverantwoordelijke dienen te hebben, gezien de noodzaak om het evenwicht op het transmissienet te bewaren.

Overigens is er ook een grondslag te vinden bij de federale voorbehouden bevoegdheid inzake het prijsbeleid (inzake de levering van elektriciteit en gas (art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI) en de bevoegdheden van de federale overheid in economische aangelegenheden (art. 6, § 1, VI, tweede lid, BWHI), in de mate dat de ontworpen regeling er bijkomend ook toe strekt de negatieve gevolgen van een eventueel faillissement van een energieleverancier of tussenpersoon op de ruimere, nationaal georganiseerde markt te vermijden, niet in het minst voor de betrokken klanten die in dat geval een nog hogere energieprijis zouden moeten betalen.⁴

6. Le régime en projet vise une garantie de l'autorité qui, selon l'article 2, profite aux fournisseurs disposant d'une autorisation de fourniture fédérale ou régionale pour la fourniture d'électricité ou de gaz naturel à des clients sur le marché belge, ainsi qu'aux intermédiaires qui achètent du gaz naturel ou de l'électricité en vue de sa revente aux fournisseurs précités. Le champ d'application s'étend dès lors non seulement aux personnes actives sur le réseau de transport d'électricité ou de gaz naturel, mais également aux personnes relevant de la compétence des régions et pour lesquelles les régions sont responsables en cas de faillite ⁴.

Les fondements de compétence invoqués par le délégué concernent principalement trois matières réservées à l'autorité fédérale 'dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national', à savoir '[l]es études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie', '[l]es grandes infrastructures de stockage; le transport et la production de l'énergie' et 'les tarifs, en ce compris la politique des prix (...) ' (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 : À cet égard, on peut relever les obligations imposées aux gestionnaires de réseau en cas de faillite ou de procédure de réorganisation judiciaire, voir par exemple l'article 4.3.3 du décret sur l'Énergie du 8 mai 2009 et l'article 25*noviesdecies* de l'ordonnance du 19 juillet 2001 'relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale'.

7.1. Même s'il est soutenu que l'objectif du régime en projet est de garantir l'équilibre sur le réseau de transport et la sécurité d'approvisionnement, ce n'est pas tant l'objectif d'une mesure qui est déterminant pour la qualification au regard de la répartition des compétences, que son contenu et sa nature. L'octroi de la garantie de l'État est une forme de soutien financier des fournisseurs et intermédiaires concernés qui, certes, peut avoir un effet bénéfique sur l'équilibre sur le réseau de transport et sur la sécurité d'approvisionnement, mais cela ne signifie pas encore que toute mesure ayant un tel effet peut dès lors s'inscrire dans la compétence de l'autorité fédérale.

7.2. L'effet bénéfique précité sur l'équilibre sur le réseau de transport et sur la sécurité d'approvisionnement n'implique pas pour autant qu'il s'agit d'une matière dont, selon la phrase introductive de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national. Si, en règle générale, les fournisseurs et les intermédiaires sont actifs dans plusieurs régions, ils doivent toutefois, d'ores et déjà, tenir compte de la diversité dans la législation de ces différentes régions, notamment en ce qui concerne les clients protégés, qui présentent un risque de liquidité particulier pour les fournisseurs, et alignent leurs conditions de marché en conséquence. Les intermédiaires doivent eux aussi se conformer aux règles des réseaux sur lesquels ils sont actifs.

7.3. Plus fondamentalement, on aperçoit mal comment le régime en projet peut être considéré comme une mesure portant sur '[l]es études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie' et sur '[l]es grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie' (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, a) et c), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'). À supposer que la condition inscrite dans la phrase introductive de cet alinéa 2 soit remplie, il est en effet encore requis qu'il s'agisse d'une des matières énumérées dans cet alinéa.

Le soutien financier apporté par l'octroi d'une garantie de l'État va bien au-delà de la réalisation d'études visées à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, a), et ne peut donc pas s'inscrire dans cette matière⁵. Le lien entre le soutien financier et les 'grandes infrastructures' visées à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), n'est pas davantage démontré par le délégué et semble être en tout cas plutôt indirect. Il en va de même de la matière des tarifs visés à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, d). Conformément à l'article 2, alinéa 2, du projet, le ministre qui a l'énergie dans ses attributions peut certes assortir l'octroi de la garantie de l'État à des conditions supplémentaires pouvant éventuellement être mises en relation avec la politique des prix, mais cela ne veut pas encore dire que cette garantie de l'État peut en soi être considérée comme une mesure de politique des prix.

⁵ Note de bas de page 4 de l'avis cité : Voir l'avis C.E. 63.241/3 du 3 mai 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en vue de modifier le cadre légal pour la réserve stratégique', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-18, n° 54-3208/001, p. 56 (observation 3).

7.4. La circonstance que les fournisseurs et les intermédiaires soient *aussi* actifs sur le réseau de transport, comme le soutient le délégué, n'empêche pas qu'ils soient également actifs sur le réseau de distribution et que les risques, évoqués par le délégué, de faillite de fournisseurs et d'intermédiaires concernent non seulement l'équilibre sur le réseau de transport et la sécurité d'approvisionnement ⁶, mais également l'impact négatif sur les clients des fournisseurs. Le soutien financier apporté aux fournisseurs actifs sur le réseau de distribution afin d'éviter que des problèmes de liquidité ne compromettent la fourniture d'énergie aux clients finaux est une mesure qui relève en grande partie de la compétence des régions et qui, dans un certain sens, constitue même le reflet de la protection de clients financièrement vulnérables en vue de garantir une fourniture énergétique minimale.

Si l'on ne peut exclure que l'autorité fédérale soit compétente pour soutenir financièrement les fournisseurs et les intermédiaires, dans la mesure où ceux-ci sont actifs sur le réseau de transport, la portée du régime en projet va incontestablement au-delà de cet objectif et paraît dès lors empiéter sur la compétence régionale précitée.

7.5. Les compétences en matière d'économie réservées à l'autorité fédérale, invoquées par le délégué, ne semblent pas non plus être pertinentes. Si la législation sur les faillites est une de ces matières réservées ⁷, la simple circonstance que le régime en projet renforce la situation de trésorerie d'une entreprise n'est cependant pas suffisante pour la qualifier d'élément de la législation sur les faillites et, partant, comme un élément de cette matière réservée à l'autorité fédérale.

8. En conclusion, les arguments actuellement à l'examen ne permettent pas au Conseil d'État d'apercevoir des fondements de compétence convaincants pour le régime en projet. Seul un régime élagué, limité aux fournisseurs et aux intermédiaires, dans la mesure où ils sont actifs sur le réseau de transport, pourrait s'inscrire dans les fondements de compétence précités, même si ce remaniement dépendra aussi de la mise en œuvre concrète d'un tel régime.

En tout état de cause, un régime ainsi élagué aura lui aussi des conséquences sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement et, de par sa nature, devra faire l'objet d'une concertation préalable avec les régions, conformément à l'article 6, § 3, 2° et 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

La poursuite de l'examen du projet est dès lors subordonnée au problème de compétence précité ».

Ces objections de compétence sont toujours d'actualité, même si l'arrêté royal du 26 octobre 2022 est confirmé.

⁶ Note de bas de page 5 de l'avis cité : Dans l'avis 60.616/3 cité par le délégué, le Conseil d'État a d'ailleurs formulé une réserve à propos de la compétence régionale en matière d'ajustement et de gestion de la demande sur le réseau de distribution (avis C.E. 60.616/3 du 4 janvier 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juillet 2017 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en vue d'améliorer la flexibilité de la demande et le stockage d'électricité', *Doc. Parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2528/001, pp. 44-45 (observation 3.2)).

⁷ Note de bas de page 6 de l'avis cité : Article 5, § 1^{er}, VI, 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

EXAMEN DU TEXTEArticle 6

4. La confirmation de l'arrêté royal du 26 octobre 2022 – contrairement aux autres confirmations contenues dans le projet – n'est pas prescrite par le fondement juridique, mais est sans doute également dictée par un problème de fondement juridique pour le règlement de la prime due par l'emprunteur à l'article 5 de cet arrêté. En effet, l'avis 72.294/3 précité a formulé les observations suivantes en ce qui concerne les limites des dispositions procurant le fondement juridique invoquées (l'article 32 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' et l'article 23 de la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations') (observation 9.3) :

« La notion de 'mesures de sauvegarde nécessaires' [dont il est fait mention dans les dispositions législatives précitées] est formulée en des termes généraux et peut également englober un soutien financier, tel que l'octroi d'une garantie de l'État.

Il n'en demeure pas moins que l'article 5 du projet prévoit une rémunération due par l'emprunteur en contrepartie de l'octroi de la garantie de l'État. Pareille rémunération pour un service accompli par l'autorité en faveur de l'emprunteur concerné, considéré isolément, doit être regardée comme une redevance au sens de l'article 173 de la Constitution et, conformément à cette disposition constitutionnelle, requiert un fondement légal exprès, qui fait actuellement défaut.

Dès lors que ce régime de redevance semble être indissociablement lié à l'ensemble du régime en projet, il faudra d'abord prévoir un tel fondement légal exprès avant que le projet puisse se concrétiser ».

L'arrêté à confirmer a été adopté sans qu'il n'ait été prévu au préalable un fondement juridique complémentaire. L'article 6, alinéa 3, de l'avant-projet, en prévoyant la confirmation et l'habilitation au Roi, remédie pour l'heure à ce problème juridique, mais il n'en demeure pas moins qu'il est vivement conseillé – certes dans le respect de la réserve de compétence rappelée ci-dessus – de prévoir un fondement juridique explicite pour l'avenir, à tout le moins pour l'élaboration de régimes de redevance analogues ou ultérieurs.

5. À l'article 6, alinéa 3, mieux vaudrait remplacer les mots « confirmées par la loi » par les mots « confirmées *et modifiées par la présente loi* », de sorte qu'il ne puisse subsister aucun doute sur le fait que l'article 3, 10°, en projet, de l'arrêté royal du 26 octobre 2022 peut être modifié par arrêté royal.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE