



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.391/3
van 7 april 2023

avis 73.391/3
du 7 avril 2023

over

sur

een voorontwerp van wet
'houdende wijzigingen inzake de
werkingsregels en de
betrouwbaarheidsopties in het
kader van het
capaciteitsvergoedingsmechanisme
zoals bedoeld in hoofdstuk IIbis
van de wet van 29 april 1999
betreffende de organisatie van de
elektriciteitsmarkt'

un avant-projet de loi 'portant des
modifications relatives aux règles
de fonctionnement et aux options
de fiabilité dans le cadre du
mécanisme de rémunération de
capacité visé au chapitre IIbis de
la loi du 29 avril 1999 relative à
l'organisation du marché de
l'électricité'

Op 3 april 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘houdende wijzigingen inzake de werkingsregels en de betrouwbaarheidsopties in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme zoals bedoeld in hoofdstuk IIbis van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 april 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, 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 7 april 2023.

*

Le 3 avril 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi ‘portant des modifications relatives aux règles de fonctionnement et aux options de fiabilité dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité visé au chapitre IIbis de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 6 avril 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Toon MOONEN, conseillers d'État, Bruno PEETERS, assesseur, et Annemie GOOSSENS, 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 7 avril 2023.

*

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

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door dat in hoofdzaak de beoogde wijziging van artikel 7undecies, §12 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt die een noodzakelijke wetswijziging betreft die relevant is voor de vaststelling van de werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme overeenkomstig artikel 7undecies, §12 van de voornoemde wet van 29 april 1999 in 2023. Overeenkomstig artikel 7undecies, §12, vierde lid, van de voornoemde wet van 29 april 1999 dienen de werkingsregels uiterlijk 15 mei gepubliceerd te worden op de website van de CREG en de netbeheerder. Ondanks dat voorzien wordt in de inwerkingtreding met terugwerkende kracht van deze wijzigingsbepaling, wordt beoogd dat deze wet gepubliceerd wordt voorafgaand aan de uiterlijke termijn voor de CREG om de werkingsregels vast te stellen in het licht van de rechtszekerheid. Bovendien dient er rekening mee gehouden te worden dat de uiterlijke indieningsdatum voor het prekwalificatiedossier van capaciteitshouders 15 juni is overeenkomstig artikel 7undecies, §8, zevende lid, van voornoemde wet van 29 april 1999.

Bovendien dient deze wet ook zo snel mogelijk in werking te treden, met betrekking tot de beoogde facultatieve machtiging aan de Koning om te kunnen voorzien in een afwijking op de verplichting tot het terugbetalen van het positieve verschil tussen de referentieprij en de uitoefenprij voor vraagrespons. In het geval van een vrijstelling hebben de betreffende eenheden een prikkel om een marktprijs op te geven die transparant hun kosten weerspiegelt, en die mogelijk lager is dan bij een terugbetalingsverplichting, en kan worden verwacht dat zij vaker zullen worden geactiveerd en dus meer zullen bijdragen aan de voorzieningszekerheid.

In het licht van de positieve impact die de eventuele uitzondering op de terugbetaalverplichting zou kunnen hebben op de deelname van vraagrespons aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme en bijgevolg voor de bevoorradingszekerheid, zoals meer in detail toegelicht in de memorie van toelichting, wordt beoogd deze uitzondering zo snel mogelijk te voorzien in het capaciteitsvergoedingsmechanisme onder voorbehoud van de conformiteit met de Europese staatsteunregels overeenkomstig artikel 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Na het advies van uw Raad dient bovendien nog een termijn te worden voorzien om de gemaakte opmerkingen te kunnen verwerken. Vervolgens dient het wetsontwerp nog in de Kamer van volksvertegenwoordigers behandeld te worden. Hiervoor zal artikel 51 van het reglement van de Kamer van volksvertegenwoordigers in te roepen. Tot slot zal na aanneming door de Kamer van volksvertegenwoordigers de wet nog ter ondertekening aan het staatshoofd moeten voorgelegd worden en zal de wet nog in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd moeten worden. Uit deze kalender blijkt dat het in de praktijk niet meer mogelijk is om voor voorliggend voorontwerp van wet een adviestermijn van dertig dagen in acht te nemen.

Wij zien ons bijgevolg genoodzaakt U te verzoeken het advies af te leveren op een beperkte termijn van 5 dagen, overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 3° van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.”

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de wijziging van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, met betrekking tot het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: CRM).

In de eerste plaats worden wijzigingen doorgevoerd met betrekking tot de betrouwbaarheidsopties. Artikel 2, 1°, van het voorontwerp wijzigt de definitie van “betrouwbaarheidsopties” in artikel 2, 72°, van de wet van 29 april 1999 om te verduidelijken dat de verplichting voor capaciteitsleveranciers om het positieve verschil tussen de referentieprij en de uitoefenprijs terug te betalen slechts een van de betrouwbaarheidsopties is. Tevens wordt onder een nieuw punt 72°bis een definitie ingevoegd van “de terugbetaalverplichting van het capaciteitsvergoedingsmechanisme” en wordt een technische aanpassing aangebracht in de definitie van “uitoefenprijs” in punt 80° (artikel 2, 2° en 3°, van het voorontwerp). De nieuwe definitie van “de terugbetaalverplichting van het capaciteitsvergoedingsmechanisme” wordt geïmplementeerd in het ontworpen artikel 7undecies, § 11, van de wet van 29 april 1999 (artikel 3, 1°, a), van het voorontwerp). Ten slotte wordt in diezelfde paragraaf een nieuw lid ingevoegd waarin de mogelijkheid wordt gecreëerd voor de Koning om de vraagrespon uit te sluiten van de toepassing van die terugbetaalverplichting (artikel 3, 1°, b), van het voorontwerp).

In de tweede plaats wordt bij artikel 3, 2°, van het voorontwerp een nieuw lid ingevoegd in artikel 7undecies, § 12, van de wet van 29 april 1999, dat ertoe strekt te verduidelijken dat de bepalingen in de opeenvolgende versies van de werkingsregels van het CRM onmiddellijke uitwerking hebben, en dus ook gelden voor reeds gesloten capaciteitscontracten. De Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) kan echter bepalingen van die onmiddellijke werking uitzonderen als die zo wezenlijk zijn dat ze de capaciteitsleverancier ertoe hadden kunnen brengen om geen bod uit te brengen. Op die uitzondering geldt echter ook een uitzondering voor nieuwe bepalingen waarvan de toepassing op capaciteitscontracten die op het tijdstip van de inwerkingtreding van deze nieuwe bepalingen reeds zijn gesloten, noodzakelijk is

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

om het contractuele evenwicht te herstellen dat als gevolg van een plotselinge crisis op de energiemarkt is verbroken.

De meeste wijzigingen treden in werking op de dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Artikel 3, 2°, van de aan te nemen wet krijgt echter uitwerking met terugwerkende kracht tot 13 mei 2022, zijnde de dag waarop de huidige werkingsregels van het CRM werden vastgesteld door de CREG.

VORMVEREISTEN

4. De Europese Commissie heeft het CRM gunstig beoordeeld in het licht van de Europese staatssteunregels.² Aanpassingen van het CRM moeten evenwel worden beschouwd als nieuwe steun in de zin van artikel 1, c), van verordening (EU) 2015/1589,³ die overeenkomstig artikel 2 van die verordening eveneens moet worden aangemeld.

In de memorie van toelichting wordt enkel verduidelijkt dat als de Koning gebruik zou maken van de mogelijkheid om aanbieders van vraagrespons vrij te stellen van de terugbetalingsplicht, dat koninklijk besluit vooraf zou moeten worden aangemeld. Die aanmelding is terecht, aangezien die terugbetalingsplicht een specifiek onderdeel was van het door de Europese Commissie beoordeelde CRM.⁴ Dat geldt echter des te meer voor de betrouwbaarheidsopties, die een cruciaal onderdeel vormen van dit mechanisme,⁵ zodat de ontworpen wijzigingen ervan zouden moeten worden aangemeld. Bovendien wordt het bij artikel 3, 2°, van het voorontwerp mogelijk gemaakt om via de werkingsregels de contractuele voorwaarden ingrijpend te wijzigen indien dat noodzakelijk is om het contractuele evenwicht te herstellen dat als gevolg van een plotselinge crisis op de energiemarkt is verbroken, wat gevolgen heeft voor de inherente risicoaanvaarding door de capaciteitsleveranciers, die aan het CRM ten grondslag ligt.⁶

Op de vraag of het voorontwerp werd aangemeld bij de Europese Commissie, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“DG COMP is in kennis gesteld van ons voornemen om de opzet van het CRM te ontwikkelen, met inbegrip van wijzigingen in het mechanisme van de terugbetalingsverplichting. Dankzij de wekelijkse besprekingen met de Europese autoriteiten kunnen wij het officiële kennisgevingsdossier voorbereiden indien wij de bevestiging krijgen dat een officiële kennisgeving noodzakelijk is. Zo ja, dan wordt tegen

² Besluit van de Europese Commissie van 27 augustus 2021, C(2021) 6431 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

³ Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 ‘tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’.

⁴ Zie het voormelde besluit van de Europese Commissie, overwegingen 306 en 512 tot 514.

⁵ *Ibid.*, overwegingen 146 tot 164.

⁶ *Ibid.*, overweging 147: “Als gevolg daarvan worden de inkomsten van de capaciteitsaanbieder op de ‘energy-onlymarkt’ beperkt tot de uitoefenprijs, maar zijn capaciteitsaanbieders in ruil daarvoor verzekerd van een vaste en bepaalde capaciteitsvergoeding. Met andere woorden, de capaciteitsaanbieders geven een deel van hun onzekere schaarsterente op om in ruil daarvoor een bepaalde capaciteitsvergoeding te ontvangen, waardoor het risico op fluctuerende inkomsten en dus ook de risico’s in verband met de te verrichten investering aanzienlijk worden beperkt. (...)”

juni 2023 een besluit verwacht, hoewel wordt verwacht dat een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn.”

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van dit vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁷ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5. De definitie in het ontworpen artikel 2, 72°, van de wet van 29 april 1999 wordt onduidelijk door de invoeging van de woorden “onder andere”. Dat suggereert immers dat er ook andere betrouwbaarheidsopties zijn, maar die worden nergens omschreven. De “betrouwbaarheidsopties” zelf komen overigens verder enkel voor in de definitie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme zelf⁸, waar evenmin gewag wordt gemaakt van andere betrouwbaarheidsopties. De gemachtigde gaf daarover de volgende toelichting:

“Deze aanpassing wil vooral verduidelijken dat er nog andere terugbetalingen in het capaciteitsvergoedingsmechanisme zijn dan enkel overwinsten boven een bepaalde uitoefenprijs:

- Zoals ook geduid in het kader van de staatsteunbeslissing van 27 augustus 2021 met nummer SA.54915 (randnummer 146), betreffen betrouwbaarheidsopties eerder een type van capaciteitsvergoedingsmechanisme waarbij de contractuele tegenpartij capaciteit koopt van de capaciteitsleveranciers in de vorm van betrouwbaarheidsopties. De in de veiling geselecteerde capaciteitsleveranciers verkopen de betrouwbaarheidsopties aan de netbeheerder en ontvangen in ruil daarvoor een vaste capaciteitsvergoeding. Wanneer de referentieprijs een vooraf bepaald niveau overschrijdt, de zogenaamde *strike price* of uitoefenprijs, heeft de capaciteitsleverancier een *terugbetalingsverplichting* van het verschil tussen de referentieprijs en de uitoefenprijs ten aanzien van de contractuele tegenpartij, berekend op de gecontracteerde capaciteitsvolumes.
- Naast dit aspect wordt er niettemin in het capaciteitscontract ook voorzien in beschikbaarheidsverplichtingen en enkele verplichtingen die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de capaciteitslevering. Dit teneinde te garanderen dat deze capaciteit beschikbaar zal zijn bij het aanvangen van en tijdens de periode van capaciteitslevering waarvoor de capaciteit geselecteerd is. Daarom wordt voorzien in *boetes* voor beschikbaarheden.

⁷ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

⁸ Artikel 2, 71° (tweede vermelding), van de wet van 29 april 1999: “71° ‘capaciteitsvergoedingsmechanisme’: het marktmechanisme gebaseerd op een systeem van betrouwbaarheidsopties om ’s lands bevoorradingszekerheid te garanderen en de afstemming te waarborgen tussen de evolutie van alle vormen van capaciteit, en de ontwikkeling van de elektriciteitsvraag op middellange en lange termijn, rekening houdend met de mogelijkheden inzake import van elektriciteit”.

Bovenstaande vormen van terugbetalingen en boetes vloeien samen voort uit het capaciteitsvergoedingsmechanisme gebaseerd op betrouwbaarheidsopties.

Deze terugbetalingsverplichtingen en boetes worden samen voorzien in het capaciteitscontract overeenkomstig artikel 7*undecies*, §11, tweede lid van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt.”

Het onderscheid tussen de terugbetaalverplichting en de andere betrouwbaarheidsopties ontstaat door de invoering van een aparte definitie van “de terugbetaalverplichting van het capaciteitsvergoedingsmechanisme” in het ontworpen artikel 2, 72°*bis*, van de wet van 29 april 1999 en het verdere gebruik van die woorden in het ontworpen artikel 7*undecies*, § 11, van de wet van 29 april 1999. Daarmee is echter nog niet duidelijk wat de andere betrouwbaarheidsopties zijn. De loutere aanduiding van hun bestaan door de invoering van de woorden “onder andere” maakt de definitie van “betrouwbaarheidsopties” onbepaald en dus rechtsonzeker. De definitie in artikel 2, 72°, van de wet van 29 april 1999 moet dan ook worden aangevuld met de andere mechanismen die onder de betrouwbaarheidsopties vallen.

6. In de inleidende bepaling van artikel 2 van het voorontwerp moet de datum “14 februari 2023” worden vervangen door de datum “15 maart 2023”. Bovendien moet rekening worden gehouden met andere in voorbereiding zijnde voorontwerpen van wet⁹ die eveneens beogen wijzigingen aan te brengen in artikel 2 van de wet van 29 april 1999, wanneer die eerder zouden worden aangenomen en bekendgemaakt.

Artikel 3

7. De Raad van State kan instemmen met de verantwoording in de memorie van toelichting voor het creëren, bij artikel 3, 2°, van het voorontwerp, van een duidelijkere juridische basis voor de onmiddellijke toepasselijkheid van de werkingsregels op capaciteitscontracten die op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe werkingsregels al waren gesloten. Hoewel kan worden aangenomen dat de capaciteitscontracten, gelet op de specifieke gereguleerde context waarin ze tot stand komen, nooit een zuiver privaatrechtelijk karakter hadden, zodat het publiekrechtelijke beginsel van de veranderlijkheid erop van toepassing kan worden geacht, is het zinvol om dit te expliciteren in de wet.

De ontworpen bepaling lijkt geen onevenredige gevolgen te hebben voor de eigendomsrechten en de legitieme verwachtingen van de capaciteitsleveranciers, in zoverre de uitzondering voor de “nieuwe bepalingen die van dien aard zijn dat, indien de capaciteitsleverancier er op het tijdstip van het uitbrengen van zijn bieding kennis van had gehad, hij redelijkerwijs geen of een wezenlijk ander aanbod zou hebben gedaan”, vermijdt dat onredelijke nieuwe beperkingen zouden worden opgelegd, onder voorbehoud van de volgende opmerking.

⁹ Zoals het voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’ (waarover de Raad van State op 28 februari 2023 advies 72.956/3 heeft gegeven) en het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (dat op 20 maart 2023 om advies werd voorgelegd met rolnummer 73.292/3). Overigens wordt ook artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999, dat gewijzigd wordt bij artikel 3 van het huidige voorontwerp, gewijzigd bij het eerstvermelde voorontwerp van wet.

8. Het is niet duidelijk wie bepaalt dat de onmiddellijke werking van nieuwe bepalingen van de werkingsregels “noodzakelijk is om het contractuele evenwicht te herstellen dat als gevolg van een plotselinge crisis op de energiemarkt is verbroken”, in welk geval die nieuwe bepalingen alsnog onmiddellijke uitwerking hebben, ook als de capaciteitsleverancier redelijkerwijs geen of een wezenlijk ander aanbod zou hebben gedaan als hij er op het tijdstip van het uitbrengen van zijn bieding kennis van had gehad. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Er werd beoogd dat dit de CREG zou zijn, in navolging van de voorgestelde wijziging zoals toegelicht bij vraag 4, kan dit aldus desgevallend ook de Koning zijn. Dit hangt aldus af van de autoriteit die de betreffende bepaling vast stelt. De CREG krijgt weliswaar een ruime discretionaire bevoegdheid. Echter wordt deze taak uitgevoerd onder toezicht van de Koning, die de werkingsregels moet goedkeuren overeenkomstig artikel 7*undecies*, §12, vijfde lid van de wet van 29 april 1999 en onverminderd de bevoegdheid van de rechter die, indien nodig, het recht op rechtszekerheid kan handhaven.

De term ‘noodzakelijk’ wordt hier vooral gezien als wanneer de onvoorziene gewijzigde marktomstandigheden tot het risico leiden dat de gecontracteerde capaciteitshouder zichzelf genoodzaakt ziet om zijn contract op te zeggen. Omdat het hier gaat over een gereguleerd contracttype kan er niet zomaar overgegaan worden tot bilaterale onderhandelingen die men normaal gezien onder zulke ‘*hardship*’ condities zou invoeren. Vooral bij capaciteitscontracten die gesloten worden naar aanleiding van een veiling die vier jaar voor de periode van de capaciteitslevering worden gesloten, bestaat er een risico op een gewijzigde context. Gezien de energiemarkt sterk onderhevig kan zijn aan een sterk veranderlijke internationale context wordt in het geval dat het contractueel evenwicht ten gevolge van een plotselinge crisis op de energiemarkt ernstig zou zijn verstoord, voorzien in de mogelijkheid om de bepalingen toch toe te passen op reeds afgesloten capaciteitscontracten ondanks dat deze bepalingen tot een ander aanbod (of geen aanbod) van de capaciteitsleverancier zouden hebben geleid indien hij daarvan op de hoogte was geweest op het ogenblik dat hij zijn aanbod deed. Met de term ‘noodzakelijk’ wordt bovendien beoogd het uitzonderlijk karakter te benadrukken van de situatie waarin deze mogelijkheid ingeroepen kan worden.

Het in de memorie van toelichting toegelichte buitensporige effect op de terugbetaalverplichting van de hoge en volatiele prijzen als gevolg van de energiecrisis die volgde uit de oorlog in Oekraïne, is een voorbeeld van een onvoorziene situatie die het contractuele evenwicht dermate ernstig verstoort. De regulator en/of Koning moeten beoordelen of zulk een situatie zich voordoet en moeten daarop, rekening houdend met het feit dat deze wijzigingen impact kunnen hebben op alle capaciteitshouders, de nodige wijzigingen tot het herstellen van het contractuele evenwicht voorstellen.

Indien dit niet voldoende uit de memorie van toelichting zou blijken, stellen wij voor de memorie van toelichting aan te vullen overeenkomstig bovenstaande antwoord.”

Het is inderdaad raadzaam om de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

De toepassing van de zo-even geschetste uitzondering op de uitzondering kan tot gevolg hebben dat er toch op ingrijpende wijze wordt ingegrepen in de contractuele relatie tussen de capaciteitsleverancier en de netbeheerder. In het licht van de eigendomsrechten en de legitieme verwachtingen van de capaciteitsleveranciers lijkt dit enkel te kunnen worden verantwoord in extreme situaties, en dan nog louter met het oog op het herstel van de legitieme verwachtingen van de partijen. In zoverre de ontworpen maatregel ten gunste van de capaciteitsleveranciers wordt gebruikt, moet er bovendien voor worden gewaakt dat ze er niet op neer komt dat elke vorm van

risico voor de capaciteitsleveranciers wordt uitgesloten, gelet op de Europese staatssteunregels en de inherente risicoaanvaarding door de capaciteitsleveranciers die daarmee samenhangt (zie opmerking 4).

Om die reden lijkt een beslissing om werkingsregels toch onmiddellijke uitwerking te laten hebben op grond van deze uitzondering op de uitzondering – zeker als het effect van de betrokken bepalingen zou zijn dat het commerciële risico zou worden afgewenteld op de overheid¹⁰ – ook gevolgen te kunnen hebben op het gebied van staatssteun. In dat geval zal een aanmelding bij de Europese Commissie vereist zijn.

9. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het ontworpen nieuwe lid niet veeleer tussen het huidige vijfde en zesde lid van artikel 7undecies, § 12, van de wet van 29 april 1999 moet worden ingevoegd, aangezien de regeling van de inwerkingtreding van de nieuwe werkingsregels pas relevant wordt op het moment dat ze daadwerkelijk zijn vastgesteld. Daar komt nog bij dat volgens het huidige artikel 7undecies, § 12, vijfde lid, van de wet van 29 april 1999 de werkingsregels in bepaalde gevallen niet door de CREG, maar door de Koning worden vastgesteld of gewijzigd. Als het nieuwe lid dat wordt ingevoegd bij artikel 3, 2°, van het voorontwerp, voorafgaat aan dat vijfde lid, zou het onduidelijk zijn of de onmiddellijke toepasselijkheid van de nieuwe werkingsregels ook kan gelden wanneer de Koning ze vaststelt.

De gemachtigde bevestigde dat het ontworpen lid beter wordt ingevoegd tussen het vijfde en het zesde van artikel 7undecies, § 12, van de wet van 29 april 1999 en dat in dat ontworpen zesde lid duidelijkheidshalve gewag moet worden gemaakt van “de door de commissie of door de Koning aangeduide nieuwe bepalingen”. Met die aanpassingen kan worden ingestemd.

Artikel 4

10. Artikel 3, 2°, van de aan te nemen wet krijgt overeenkomstig artikel 4 ervan terugwerkende kracht tot 13 mei 2022, zijnde de datum waarop de huidige werkingsregels van het CRM door de CREG werden vastgesteld.

Die terugwerkende kracht wordt in de memorie van toelichting als volgt verantwoord:

“Er wordt namelijk beoogd dat de beoogde wijziging van artikel 7undecies, §12 van de Elektriciteitswet met betrekking tot de werkingsregels retroactief in werking treedt. Meer specifiek wordt beoogd dat deze bepaling uitwerking heeft met ingang van 13 mei 2022, de datum waarop de CREG overeenkomstig artikel 7undecies, §12 van de Elektriciteitswet de werkingsregels heeft vastgesteld in het kader van de veiling die in oktober 2022 heeft plaatsgevonden overeenkomstig artikel 7undecies, §10 van de Elektriciteitswet.

Gelet op dat het hierboven toegelichte principe in de Elektriciteitswet door de CREG reeds is toegepast in het kader van de werkingsregels zoals vastgesteld in het kader van de veiling die in oktober 2022 heeft plaatsgevonden overeenkomstig artikel 7undecies, §10

¹⁰ In dat verband moet rekening worden gehouden met het feit dat dit steeds het geval zal zijn wanneer de aanpassing ten nadele van de netbeheerder gebeurt, aangezien de overheid de netto-kosten van de netbeheerder draagt in het kader van het CRM (zie artikel 7undecies, § 15, van de wet van 29 april 1999).

van de Elektriciteitswet geeft de inwerkingtreding met terugwerkende kracht overeenkomstig het arrest van het Grondwettelijk Hof van 14 januari 2003 met nr. 3/2003 (B.2.9.) geen aanleiding tot rechtsonzekerheid. Er wordt zelfs net gepoogd de rechtszekerheid te bewerkstelligen daar deze onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en bijgevolg het algemeen belang.”

Op de vraag hoe een retroactief ingrijpen in contractuele relaties kan bijdragen tot de rechtszekerheid van die partijen, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het doel van de voorgestelde wijzigingen is om in artikel 7*undecies*, §12 van de Elektriciteitswet drie beginselen met betrekking tot de werkingsregels in te voeren.

Het eerste principe in de ontwerp-bepaling voorziet in de toepassing van de nieuwe werkingsregels op capaciteitsleveranciers die reeds een capaciteitscontract hebben gesloten. Deze maatregel is essentieel voor de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en dus voor het algemeen belang. Dit beginsel heeft namelijk het voordeel dat het aantal gevallen beperkt wordt waarin verschillende versies van de werkingsregels naast elkaar bestaan, hetgeen de organisatie en het beheer van het capaciteitsvergoedingsmechanisme aanzienlijk zou compliceren, zowel voor de netbeheerder als voor de marktpelers. Het tegenovergestelde was dat voor elke veiling autonome werkingsregels zullen gelden, wat betekent dat er voor alle contracten verschillende regels zullen zijn, afhankelijk van de leveringsperiode. Het is ingewikkeld om dit in de praktijk uit te voeren omdat al deze werkingsregels dicht op elkaar zitten. Het voorstel maakt het voor capaciteitshouders gemakkelijker om de werkingsregels toe te passen.

Met het oog op de rechtszekerheid is het veiliger om één duidelijke en actuele regel te hebben dan een groot aantal oude regels die elkaar kunnen tegenspreken, voor dezelfde actor. De werkingsregels voorzien dus in talrijke procedures, die in de loop van de tijd kunnen veranderen. Gezien de duur van het mechanisme (en het feit dat actoren vier jaar voor de leveringsperiode of één jaar daarvoor een contract kunnen hebben gesloten - nog afgezien van het feit dat sommige profiteren van meerjarencontracten, tot 15 jaar), zou het moeilijk zijn om veel verschillende regelingen toe te passen, soms op dezelfde actoren in hetzelfde leveringsjaar. Als er bijvoorbeeld een beschikbaarheidstest wordt uitgevoerd, zou deze voor dezelfde actor verschillend kunnen zijn naargelang zijn eenheid in het verleden aan een bepaalde veiling heeft deelgenomen. Evenzo zou dezelfde actor vele versies van de bedrijfsvoorschriften moeten raadplegen om vast te stellen welke regeling op welke eenheid van toepassing is, zoals voor reductiefactoren. Dit lijkt niet wenselijk.

Teneinde de rechtszekerheid van reeds gesloten contracten te waarborgen, wordt een uitzondering toegepast. Indien de CREG, of desgevallend de Koning, redelijkerwijze vaststelt dat de capaciteitshouder het aanbod dat werd gedaan niet zou hebben gedaan omwille van de nieuwe regel, dan moet worden besloten dat de bepalingen niet kunnen worden toegepast.

Dit was vorig jaar al voorzien, maar er was geen wettelijke basis, het was dus noodzakelijk dit nu te voorzien.

Daarom kan het non-discriminatiebeginsel worden ingeroepen. Het eerste beginsel staat toe dat, behoudens enkele uitzonderingen (beginsel 2), voor alle marktdeelnemers dezelfde werkingsregels gelden.”

De gemachtigde bevestigde voorts dat er geen hangende rechtsgedingen zijn met betrekking tot de toepasselijkheid in de tijd van de werkingsregels op bestaande capaciteitscontracten.

Onder voorbehoud van het bestaan van omstandigheden die de Raad van State niet bekend zijn of waarover hij niet voldoende inzicht heeft, lijkt deze verantwoording op het eerste gezicht afdoende te zijn.

*

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

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door dat in hoofdzaak de beoogde wijziging van artikel 7undecies, §12 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt die een noodzakelijke wetswijziging betreft die relevant is voor de vaststelling van de werkingsregels van het capaciteitsvergoedingsmechanisme overeenkomstig artikel 7undecies, §12, vierde lid, van de voornoemde wet van 29 april 1999 dienen de werkingsregels uiterlijk 15 mei gepubliceerd te worden op de website van de CREG en de netbeheerder. Ondanks dat voorzien wordt in de inwerkingtreding met terugwerkende kracht van deze wijzigingsbepaling, wordt beoogd dat deze wet gepubliceerd wordt voorafgaand aan de uiterlijke termijn voor de CREG om de werkingsregels vast te stellen in het licht van de rechtszekerheid. Bovendien dient er rekening mee gehouden te worden dat de uiterlijke indieningsdatum voor het prekwalificatiedossier van capaciteitshouders 15 juni is overeenkomstig artikel 7undecies, §8, zevende lid, van voornoemde wet van 29 april 1999.

Bovendien dient deze wet ook zo snel mogelijk in werking te treden, met betrekking tot de beoogde facultatieve machtiging aan de Koning om te kunnen voorzien in een afwijking op de verplichting tot het terugbetalen van het positieve verschil tussen de referentieprijis en de uitoefenprijis voor vraagrespon. In het geval van een vrijstelling hebben de betreffende eenheden een prikkel om een marktprijis op te geven die transparant hun kosten weerspiegelt, en die mogelijk lager is dan bij een terugbetalingsverplichting, en kan worden verwacht dat zij vaker zullen worden geactiveerd en dus meer zullen bijdragen aan de voorzieningszekerheid.

In het licht van de positieve impact die de eventuele uitzondering op de terugbetaalverplichting zou kunnen hebben op de deelname van vraagrespon aan het capaciteitsvergoedingsmechanisme en bijgevolg voor de bevoorradingszekerheid, zoals meer in detail toegelicht in de memorie van toelichting, wordt beoogd deze uitzondering zo snel mogelijk te voorzien in het capaciteitsvergoedingsmechanisme onder voorbehoud van de conformiteit met de Europese staatsteunregels overeenkomstig artikel 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Na het advies van uw Raad dient bovendien nog een termijn te worden voorzien om de gemaakte opmerkingen te kunnen verwerken. Vervolgens dient het wetsontwerp nog in de Kamer van volksvertegenwoordigers behandeld te worden. Hiervoor zal artikel 51 van het reglement van de Kamer van volksvertegenwoordigers in te roepen. Tot slot zal na aannahme door de Kamer van volksvertegenwoordigers de wet nog ter ondertekening aan het staatshoofd moeten voorgelegd worden en zal de wet nog in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd moeten worden. Uit deze kalender blijkt dat het in de praktijk niet meer mogelijk is om voor voorliggend voorontwerp van wet een adviestermijn van dertig dagen in acht te nemen.

Wij zien ons bijgevolg genoodzaakt U te verzoeken het advies af te leveren op een beperkte termijn van 5 dagen, overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 3° van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ».

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

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

3. 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', en ce qui concerne le mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : MRC).

En premier lieu, il apporte des modifications aux options de fiabilité. L'article 2, 1°, de l'avant-projet modifie la définition des « options de fiabilité » figurant à l'article 2, 72°, de la loi du 29 avril 1999 afin d'y préciser que l'obligation pour les fournisseurs de capacité de rembourser la différence positive entre le prix de référence et le prix d'exercice n'est qu'une des options de fiabilité. En outre, il insère sous un nouveau point 72°*bis* une définition de « l'obligation de remboursement du mécanisme de rémunération de capacité » et apporte une adaptation technique à la définition du « prix d'exercice » au point 80° (article 2, 2° et 3°, de l'avant-projet). La nouvelle définition de « l'obligation de remboursement du mécanisme de rémunération de capacité » est concrétisée par l'article 7*undecies*, § 11, en projet, de la loi du 29 avril 1999 (article 3, 1°, a), de l'avant-projet). Enfin, il insère dans ce même paragraphe un nouvel alinéa qui crée la possibilité pour le Roi d'exclure la participation active de la demande de l'application de cette obligation de remboursement (article 3, 1°, b), de l'avant-projet).

En deuxième lieu, l'article 3, 2°, de l'avant-projet insère dans l'article 7*undecies*, § 12, de la loi du 29 avril 1999 un nouvel alinéa visant à préciser que les dispositions contenues dans les versions successives des règles de fonctionnement du MRC sortissent immédiatement leurs effets et, partant, s'appliquent également à des contrats de capacité déjà conclus. La Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : la CREG) peut toutefois exclure des dispositions de cet effet immédiat si celles-ci sont à ce point essentielles qu'elles auraient pu amener le fournisseur de capacité à ne pas émettre d'offre. Toutefois, une exception à cette exception s'applique également à des dispositions nouvelles dont l'application aux contrats de capacité déjà conclus au moment de l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, est rendue nécessaire en vue de rétablir l'équilibre contractuel rompu à la suite d'une crise soudaine sur le marché de l'énergie.

La plupart des modifications entrent en vigueur le jour suivant leur publication au Moniteur belge. L'article 3, 2°, de la loi dont l'adoption est envisagée rétroagit toutefois au 13 mai 2022, c'est-à-dire au jour auquel les règles de fonctionnement actuelles du MRC ont été fixées par la CREG.

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

FORMALITÉS

4. La Commission européenne a évalué favorablement le MRC au regard des règles européennes en matière d'aides d'État ². Il faut toutefois considérer des adaptations apportées au MRC comme une nouvelle aide au sens de l'article 1^{er}, c) du règlement (UE) 2015/1589 ³, qui doit également être notifiée conformément à l'article 2 de ce règlement.

L'exposé des motifs précise uniquement que cet arrêté royal devra être notifié préalablement si le Roi use de la possibilité d'exempter de l'obligation de remboursement des fournisseurs de participation active de la demande. Cette notification est justifiée puisque cette obligation de remboursement était un élément spécifique du MRC évalué par la Commission européenne ⁴. Cela est d'autant plus vrai pour les options de fiabilité qui constituent un élément primordial de ce mécanisme ⁵, de sorte que les modifications en projet, apportées à celui-ci devraient être notifiées. En outre, l'article 3, 2°, de l'avant-projet permet, par la voie des règles de fonctionnement, de modifier radicalement les conditions contractuelles si cela s'avère nécessaire pour rétablir l'équilibre contractuel rompu à la suite d'une crise soudaine sur le marché de l'énergie, ce qui se répercute sur l'acceptation inhérente du risque par les fournisseurs de capacité, laquelle sous-tend le MRC ⁶.

À la question de savoir si l'avant-projet a été notifié à la Commission européenne, le délégué a répondu comme suit :

« DG COMP is in kennis gesteld van ons voornemen om de opzet van het CRM te ontwikkelen, met inbegrip van wijzigingen in het mechanisme van de terugbetalingsverplichting. Dankzij de wekelijks gesprekken met de Europese autoriteiten kunnen wij het officiële kennisgevingsdossier voorbereiden indien wij de bevestiging krijgen dat een officiële kennisgeving noodzakelijk is. Zo ja, dan wordt tegen juni 2023 een besluit verwacht, hoewel wordt verwacht dat een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn. »

Si l'accomplissement de la formalité susmentionnée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État ⁷, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

² Décision de la Commission européenne du 27 août 2021, C(2021) 6431 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0639&from=FR>.

³ Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 'portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne'.

⁴ Voir la décision précitée de la Commission européenne, considérants 306 et 512 à 514.

⁵ *Ibid.*, considérants 146 à 164.

⁶ *Ibid.*, considérant 147 : « En conséquence, les revenus du fournisseur de capacité sur le marché 'energy-only' sont plafonnés au prix d'exercice, mais les fournisseurs de capacité recevront une rémunération de capacité fixe et certaine en contrepartie. En d'autres termes, les fournisseurs de capacité renoncent à percevoir une partie de leurs rentes de rareté incertaines pour recevoir en contrepartie une rémunération de capacité certaine, ce qui réduit considérablement le risque de volatilité des revenus et donc les risques liés à l'investissement à réaliser. [...] ».

⁷ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

5. L'insertion des mots « entre autre » (lire : « entre autres ») rend imprécise la définition figurant à l'article 2, 72°, en projet, de la loi du 29 avril 1999. En effet, elle suggère qu'il y a d'autres options de fiabilité, qui ne sont toutefois décrites nulle part. Les « options de fiabilité » ne figurent d'ailleurs plus loin dans le texte que dans la définition du mécanisme de rémunération de capacité lui-même⁸, laquelle ne fait pas non plus mention d'autres options de fiabilité. À ce sujet, le délégué a donné l'explication suivante :

« Deze aanpassing wil vooral verduidelijken dat er nog andere terugbetalingen in het capaciteitsvergoedingsmechanisme zijn dan enkel overwinsten boven een bepaalde uitoefenprijs:

- Zoals ook geduid in het kader van de staatsteunbeslissing van 27 augustus 2021 met nummer SA.54915 (randnummer 146), betreffen betrouwbaarheidsopties eerder een type van capaciteitsvergoedingsmechanisme waarbij de contractuele tegenpartij capaciteit koopt van de capaciteitsleveranciers in de vorm van betrouwbaarheidsopties. De in de veiling geselecteerde capaciteitsleveranciers verkopen de betrouwbaarheidsopties aan de netbeheerder en ontvangen in ruil daarvoor een vaste capaciteitsvergoeding. Wanneer de referentieprijs een vooraf bepaald niveau overschrijdt, de zogenaamde *strike price* of uitoefenprijs, heeft de capaciteitsleverancier een *terugbetalingsverplichting* van het verschil tussen de referentieprijs en de uitoefenprijs ten aanzien van de contractuele tegenpartij, berekend op de gecontracteerde capaciteitsvolumes.
- Naast dit aspect wordt er niettemin in het capaciteitscontract ook voorzien in beschikbaarheidsverplichtingen en enkele verplichtingen die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de capaciteitslevering. Dit teneinde te garanderen dat deze capaciteit beschikbaar zal zijn bij het aanvangen van en tijdens de periode van capaciteitslevering waarvoor de capaciteit geselecteerd is. Daarom wordt voorzien in *boetes* voor beschikbaarheden.

Bovenstaande vormen van terugbetalingen en boetes vloeien samen voort uit het capaciteitsvergoedingsmechanisme gebaseerd op betrouwbaarheidsopties.

Deze terugbetalingsverplichtingen en boetes worden samen voorzien in het capaciteitscontract overeenkomstig artikel 7*undecies*, §11, tweede lid van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt. »

La distinction entre l'obligation de remboursement et les autres options de fiabilité résulte de l'insertion d'une définition distincte de « l'obligation de remboursement du mécanisme de rémunération de capacité » à l'article 2, 72°*bis*, en projet, de la loi du 29 avril 1999 et de la réutilisation de ces mots dans l'article 7*undecies*, § 11, en projet, de la loi du 29 avril 1999. Ce procédé ne précise toutefois pas pour autant quelles sont les autres options de fiabilité. La simple indication de leur existence par l'insertion des mots « entre autre » (lire : « entre autres ») rend la définition des « options de fiabilité » obscure et, partant, incertaine au regard de la sécurité

⁸ Article 2, 71° (mentionné en deuxième lieu), de la loi du 29 avril 1999 : « 71° 'mécanisme de rémunération de capacité' : le mécanisme de marché basé sur un système d'options de fiabilité permettant de garantir la sécurité d'approvisionnement du pays et de garantir l'adéquation entre l'évolution de toutes les formes de capacité et l'évolution de la demande d'électricité à moyen et à long termes, en tenant en compte des possibilités d'importation d'électricité ».

juridique. La définition mentionnée à l'article 2, 72°, de la loi du 29 avril 1999 devra dès lors être complétée pour inclure les autres mécanismes couverts par les options de fiabilité.

6. Dans la phrase liminaire de l'article 2 de l'avant-projet, la date du « 14 février 2023 » devra être remplacée par celle du « 15 mars 2023 ». En outre, d'autres avant-projets de loi en cours de préparation⁹ qui visent également à modifier l'article 2 de la loi du 29 avril 1999 devront être pris en considération si ceux-ci sont adoptés et publiés plus tôt.

Article 3

7. Le Conseil d'État peut se rallier à la justification, figurant dans l'exposé des motifs, en vue de la création par l'article 3, 2°, de l'avant-projet, d'une base juridique plus claire pour l'applicabilité immédiate des règles de fonctionnement aux contrats de capacité qui avaient déjà été conclus au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles règles de fonctionnement. Bien qu'il puisse être admis que les contrats de capacité n'ont jamais eu un caractère purement privé, vu le contexte réglementé spécifique dans lequel ils ont été conclus, de sorte que le principe de droit public de la mutabilité peut être censé s'y appliquer, il est utile de l'explicitier dans la loi.

La disposition en projet ne paraît pas avoir d'effet disproportionné sur les droits de propriété et les attentes légitimes des fournisseurs de capacité, dans la mesure où l'exception pour les « dispositions nouvelles [...] qui sont telles que, s'il les avait connues au moment de faire son offre, le fournisseur de capacité n'aurait raisonnablement pas introduit d'offre ou en aurait introduit une sensiblement différente » permet d'éviter que de nouvelles restrictions déraisonnables soient imposées, sous réserve de l'observation suivante.

8. On n'aperçoit pas clairement qui détermine que l'effet immédiat de nouvelles dispositions des règles de fonctionnement est rendu « nécessaire en vue de rétablir l'équilibre contractuel rompu à la suite d'une crise soudaine sur le marché de l'énergie », auquel cas ces nouvelles dispositions ont malgré tout un effet immédiat même si le fournisseur de capacité n'aurait raisonnablement pas introduit d'offre ou en aurait introduit une sensiblement différente s'il les avait connues au moment de faire son offre. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Er werd beoogd dat dit de CREG zou zijn, in navolging van de voorgestelde wijziging zoals toegelicht bij vraag 4, kan dit aldus desgevallend ook de Koning zijn. Dit hangt aldus af van de autoriteit die de betreffende bepaling vast stelt. De CREG krijgt weliswaar een ruime discretionaire bevoegdheid. Echter wordt deze taak uitgevoerd onder toezicht van de Koning, die de werkingsregels moet goedkeuren overeenkomstig artikel 7*undecies*, §12, vijfde lid van de wet van 29 april 1999 en onverminderd de bevoegdheid van de rechter die, indien nodig, het recht op rechtszekerheid kan handhaven.

⁹ Tels que l'avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses relatives énergie' (sur lequel le Conseil d'Etat a donné le 28 février 2023 l'avis 72.956/3) et l'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité' (qui a été soumis pour avis le 20 mars 2023 sous le numéro de rôle 73.292/3). D'ailleurs, l'article 7*undecies* de la loi du 29 avril 1999, modifié par l'article 3 de l'avant-projet à l'examen, est également modifié par le premier avant-projet de loi cité.

De term ‘noodzakelijk’ wordt hier vooral gezien als wanneer de onvoorziene gewijzigde marktomstandigheden tot het risico leiden dat de gecontracteerde capaciteitshouder zichzelf genoodzaakt ziet om zijn contract op te zeggen. Omdat het hier gaat over een gereguleerd contracttype kan er niet zomaar overgegaan worden tot bilaterale onderhandelingen die men normaal gezien onder zulke ‘hardship’ condities zou invoeren. Vooral bij capaciteitscontracten die gesloten worden naar aanleiding van een veiling die vier jaar voor de periode van de capaciteitslevering worden gesloten, bestaat er een risico op een gewijzigde context. Gezien de energiemarkt sterk onderhevig kan zijn aan een sterk veranderlijke internationale context wordt in het geval dat het contractueel evenwicht ten gevolge van een plotselinge crisis op de energiemarkt ernstig zou zijn verstoord, voorzien in de mogelijkheid om de bepalingen toch toe te passen op reeds afgesloten capaciteitscontracten ondanks dat deze bepalingen tot een ander aanbod (of geen aanbod) van de capaciteitsleverancier zouden hebben geleid indien hij daarvan op de hoogte was geweest op het ogenblik dat hij zijn aanbod deed. Met de term ‘noodzakelijk’ wordt bovendien beoogd het uitzonderlijk karakter te benadrukken van de situatie waarin deze mogelijkheid ingeroepen kan worden.

Het in de memorie van toelichting toegelichte buitensporige effect op de terugbetaalverplichting van de hoge en volatiele prijzen als gevolg van de energiecrisis die volgde uit de oorlog in Oekraïne, is een voorbeeld van een onvoorziene situatie die het contractuele evenwicht dermate ernstig verstoort. De regulator en/of Koning moeten beoordelen of zulk een situatie zich voordoet en moeten daarop, rekening houdend met het feit dat deze wijzigingen impact kunnen hebben op alle capaciteitshouders, de nodige wijzigingen tot het herstellen van het contractuele evenwicht voorstellen.

Indien dit niet voldoende uit de memorie van toelichting zou blijken, stellen wij voor de memorie van toelichting aan te vullen overeenkomstig bovenstaande antwoord ».

Il est en effet conseillé de compléter l'exposé des motifs sur ce point.

L'application de l'exception à l'exception, qui vient d'être évoquée, peut impliquer une intervention drastique dans la relation contractuelle entre le fournisseur de capacité et le gestionnaire de réseau. Compte tenu des droits de propriété et des attentes légitimes des fournisseurs de capacité, cette situation ne semble pouvoir se justifier que dans des cas extrêmes, et uniquement en vue de restaurer les attentes légitimes des parties. Pour autant que la mesure en projet soit utilisée en faveur des fournisseurs de capacité, il faut en outre veiller à ce qu'elle ne revienne pas à exclure toute forme de risque pour les fournisseurs de capacité, eu égard aux règles européennes en matière d'aides d'État et à l'acceptation du risque inhérente à ces règles par les fournisseurs de capacité (voir l'observation 4).

Pour ce motif, une décision visant néanmoins à conférer un effet immédiat à des règles de fonctionnement paraît, compte tenu de cette exception à l'exception, – *a fortiori* si l'effet des dispositions concernées était de répercuter le risque commercial sur l'autorité¹⁰ – également être susceptible d'avoir des effets en matière d'aides d'État. Dans ce cas, une notification à la Commission européenne sera requise.

¹⁰ À cet égard, il convient de tenir compte du fait que tel sera toujours le cas lorsque l'adaptation se fera au détriment du gestionnaire de réseau, dès lors que l'autorité supporte les coûts nets du gestionnaire de réseau dans le cadre du MRC (voir l'article 7*undecies*, § 15, de la loi du 29 avril 1999).

9. Il a été demandé au délégué si le nouvel alinéa en projet ne doit pas plutôt être inséré entre l'actuel alinéa 5 et l'actuel alinéa 6 de l'article 7*undecies*, § 12, de la loi du 29 avril 1999, dès lors que le dispositif d'entrée en vigueur des nouvelles règles de fonctionnement n'est pertinent qu'au moment où elles ont effectivement été fixées. En outre, selon l'actuel article 7*undecies*, § 12, alinéa 5, de la loi du 29 avril 1999, les règles de fonctionnement sont fixées ou modifiées, dans certains cas, non pas par la CREG, mais par le Roi. Si le nouvel alinéa inséré par l'article 3, 2°, de l'avant-projet, précédait cet alinéa 5, on verrait mal si les nouvelles règles de fonctionnement peuvent également s'appliquer immédiatement lorsque le Roi les fixe.

Le délégué a confirmé qu'il est préférable d'insérer l'alinéa en projet entre l'alinéa 5 et l'alinéa 6 de l'article 7*undecies*, § 12, de la loi du 29 avril 1999 et qu'il convient, dans un souci de clarté, de faire mention dans cet alinéa 6 en projet des « dispositions nouvelles, identifiées par la commission *ou par le Roi* », On peut se rallier à ces adaptations.

Article 4

10. Selon l'article 4 de la loi à adopter, son article 3, 2°, rétroagit au 13 mai 2022, c'est-à-dire à la date à laquelle les actuelles règles de fonctionnement du MRC ont été fixées par la CREG.

L'exposé des motifs justifie cette rétroactivité comme suit :

« En effet, il est prévu que la modification envisagée de l'article 7*undecies*, § 12 de la loi Electricité concernant les règles de fonctionnement prenne effet rétroactivement. Plus précisément, il est prévu que cette disposition prenne effet à partir du 13 mai 2022, date à laquelle la CREG, conformément à l'article 7*undecies*, § 12 de la loi électricité, a adopté les règles de fonctionnement dans le cadre de la mise aux enchères qui a eu lieu en octobre 2022 conformément à l'article 7*undecies*, § 10 de la loi Electricité.

Etant donné que le principe exposé ci-dessus dans la loi Electricité a déjà été appliqué par la CREG dans le cadre des règles de fonctionnement établies dans le cadre de la vente aux enchères qui a eu lieu en octobre 2022 conformément à l'article 7*undecies*, § 10 de la loi Electricité, l'entrée en vigueur rétroactive conformément à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 janvier 2003 avec le n° 3/2003 (B.2.9.) ne donne pas lieu à une insécurité juridique. En fait, la sécurité juridique est justement recherchée puisqu'elle est indispensable à la réalisation du bon fonctionnement du mécanisme de compensation de capacité et donc de l'intérêt public. »

Interrogé sur la manière dont une intervention rétroactive dans les relations contractuelles peut contribuer à la sécurité juridique de ces parties, le délégué a donné la réponse suivante :

« Het doel van de voorgestelde wijzigingen is om in artikel 7*undecies*, §12 van de Elektriciteitswet drie beginselen met betrekking tot de werkingsregels in te voeren.

Het eerste principe in de ontwerp-bepaling voorziet in de toepassing van de nieuwe werkingsregels op capaciteitsleveranciers die reeds een capaciteitscontract hebben gesloten. Deze maatregel is essentieel voor de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en dus voor het algemeen belang. Dit beginsel heeft namelijk het voordeel dat het aantal gevallen beperkt wordt waarin verschillende versies van de werkingsregels naast elkaar bestaan, hetgeen de organisatie en het beheer van het

capaciteitsvergoedingsmechanisme aanzienlijk zou compliceren, zowel voor de netbeheerder als voor de marktpelers. Het tegenovergestelde was dat voor elke veiling autonome werkingsregels zullen gelden, wat betekent dat er voor alle contracten verschillende regels zullen zijn, afhankelijk van de leveringsperiode. Het is ingewikkeld om dit in de praktijk uit te voeren omdat al deze werkingsregels dicht op elkaar zitten. Het voorstel maakt het voor capaciteitshouders gemakkelijker om de werkingsregels toe te passen.

Met het oog op de rechtszekerheid is het veiliger om één duidelijke en actuele regel te hebben dan een groot aantal oude regels die elkaar kunnen tegenspreken, voor dezelfde actor. De werkingsregels voorzien dus in talrijke procedures, die in de loop van de tijd kunnen veranderen. Gezien de duur van het mechanisme (en het feit dat actoren vier jaar voor de leveringsperiode of één jaar daarvoor een contract kunnen hebben gesloten - nog afgezien van het feit dat sommige profiteren van meerjarencontracten, tot 15 jaar), zou het moeilijk zijn om veel verschillende regelingen toe te passen, soms op dezelfde actoren in hetzelfde leveringsjaar. Als er bijvoorbeeld een beschikbaarheidstest wordt uitgevoerd, zou deze voor dezelfde actor verschillend kunnen zijn naargelang zijn eenheid in het verleden aan een bepaalde veiling heeft deelgenomen. Evenzo zou dezelfde actor vele versies van de bedrijfsvoorschriften moeten raadplegen om vast te stellen welke regeling op welke eenheid van toepassing is, zoals voor reductiefactoren. Dit lijkt niet wenselijk.

Teneinde de rechtszekerheid van reeds gesloten contracten te waarborgen, wordt een uitzondering toegepast. Indien de CREG, of desgevallend de Koning, redelijkerwijze vaststelt dat de capaciteitshouder het aanbod dat werd gedaan niet zou hebben gedaan omwille van de nieuwe regel, dan moet worden besloten dat de bepalingen niet kunnen worden toegepast.

Dit was vorig jaar al voorzien, maar er was geen wettelijke basis, het was dus noodzakelijk dit nu te voorzien.

Daarom kan het non-discriminatiebeginsel worden ingeroepen. Het eerste beginsel staat toe dat, behoudens enkele uitzonderingen (beginsel 2), voor alle marktdeelnemers dezelfde werkingsregels gelden. »

Par ailleurs, le délégué a confirmé qu'il n'y a pas de procédure en cours concernant l'applicabilité dans le temps des règles de fonctionnement aux contrats de capacité existants.

Sous réserve de l'existence de circonstances que le Conseil d'État ignore ou à propos desquels il n'a pas une connaissance suffisante, cette justification paraît suffisante à première vue.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE