RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 73.576/3
van 2 juni 2023

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 73.576/3
du 2 juin 2023

sur

un projet d’arrêté royal ‘modifiant l’arrêté royal du 28 avril 2021 fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l’organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l’octroi d'une dérogation individuelle à l’application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

Op 3 mei 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 23 mei 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Yves DEPOORTER, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, 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 2 juni 2023.

*

Le 3 mai 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 trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 28 avril 2021 fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 23 mai 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Toon MOONEN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Yves DEPOORTER, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, 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 2 juin 2023.

*

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 'tot vaststelling van de param[e]ters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'. Met de ontworpen wijzigingen wordt een derde wijziging van het voormeld besluit beoogd.[1]

Artikel 1 van het ontwerp strekt tot de toevoeging in artikel 10 van het koninklijk besluit van 28 april 2021 van een nieuwe paragraaf 10 inzake een prijsindexeringmechanisme bij het bepalen van de prijsparameter "nettokost van een nieuwkomer".

De artikelen 2 tot 4 van het ontwerp wijzigen de artikelen 18, 19 en 20 van het koninklijk besluit van 28 april 2021, wat betreft de regeling van de intermediaire maximumprijs. De wijzigingen betreffen respectievelijk de berekening van de kostenelementen die in aanmerking zullen worden genomen voor het bepalen van de intermediaire maximumprijs, de raming door de netbeheerder van de jaarlijkse inframarginale inkomsten en de berekening van de "missing-money".

Artikel 5 van het ontwerp strekt tot de wijziging van artikel 22 van het koninklijk besluit van 28 april 2021 en betreft de procedure inzake de derogatie van de intermediaire maximumprijs, waarbij een capaciteitshouder per eenheid of eenheden in de capaciteitsmarkt een derogatie van de intermediaire maximumprijs kan aanvragen.

[1] Het koninklijk besluit van 28 april 2021 werd een eerste maal gewijzigd met betrekking tot de parameters die moesten worden gebruikt bij de eerste veiling, bij het koninklijk besluit van 4 juli 2021 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'. Een tweede wijziging betrof het invoeren van een aanvullende risicopremie voor investeringskosten met een economische levensduur van meer dan drie jaar in de berekeningsmethode voor het capaciteitsvergoedingsmechanisme, bij het koninklijk besluit van 27 januari 2022 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

De artikelen 6 en 7 van het ontwerp wijzigen de regels inzake de uitoefenprijs. Artikel 6 strekt tot de vervanging van paragraaf 2 van artikel 26 van het koninklijk besluit van 28 april 2021 en heeft betrekking op het prijsindexeringmechanisme bij het bepalen van de uitoefenprijs. Artikel 7, 1°, van het ontwerp corrigeert een aantal spellingsfouten in de Franse tekst van artikel 27, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 en artikel 7, 2°, van het ontwerp voegt in artikel 27, § 2, 4°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 een verwijzing in naar het actualisatiemechanisme bedoeld in artikel 26, § 2, van het voormeld koninklijk besluit.

Het te nemen besluit treedt in werking de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, met uitzondering van artikel 5, dat in werking treedt op 1 januari 2024 (artikel 8 van het ontwerp).

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 7*undecies*, § 2, van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' (hierna: de Elektriciteitswet), onder voorbehoud van wat volgt.

4. Er rijst een rechtsgrondprobleem voor het mechanisme vervat in het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, zoals in te voegen bij artikel 5, 8°, van het ontwerp. Bij de ontworpen bepaling wordt de bestaande opdracht van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) om te beslissen over de aanvraag tot derogatie aangevuld met de opdracht om die derogatie voortaan, na controle van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt, in bepaalde gevallen in te trekken. De CREG krijgt daarbij ook bepaalde onderzoeksbevoegdheden.

Het tijdstip waarop de CREG kan overgaan tot de intrekking is onduidelijk. Overeenkomstig de Franse tekst van het eerste lid van de ontworpen paragraaf 17 kan de controle die kan leiden tot de intrekking gebeuren "à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction", terwijl in de Nederlandse tekst in een grammaticaal gebrekkige zin wordt gesteld dat dit gebeurt "de sluiting van het capaciteitscontract" (zonder voorzetsel). In dit verband om verdere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Er wordt beoogd om de CREG te machtigen om na de sluiting van een capaciteitscontract de voorwaarden voor de toegekende uitzondering op de intermediaire prijslimieten te controleren. In die optiek zou de tekst kunnen worden aangepast als volgt:
>
> > '§ 17. Na de selectie van een bod voor een eenheid van de capaciteitsmarkt, of biedingen voor eenheden van de capaciteitsmarkt indien het gekoppelde capaciteiten betreft, op een veiling die vier jaar vóór de periode van capaciteitslevering wordt georganiseerd en waarvoor de derogatieaanvraag geldt, en na de sluiting van het capaciteitscontract voor deze transactie, heeft de commissie tot taak de relevantie te controleren van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt.'

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

'§ 17. Postérieurement à la sélection d'une offre pour une unité du marché de capacité, ou des offres pour des unités du marché de capacité s'il s'agit de capacités liées, lors d'une mise aux enchères organisée quatre ans avant la période de fourniture de capacité et pour laquelle la demande de dérogation s'applique, et postérieurement à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction, la commission est chargée de vérifier la pertinence des éléments identifiés comme déterminants lors de l'octroi de la dérogation.'"

De gemachtigde deelde voorts mee dat het derde lid van het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 als volgt zou moeten worden geherformuleerd:

"Op basis van haar bevindingen kan de commissie de derogatie intrekken indien één van de volgende omstandigheden ~~leidt tot~~ resulteert in een verwachte 'missing-money' dat lager is dan de intermediaire maximumprijs met betrekking tot de veiling waarop de derogatieaanvraag betrekking had: ~~in de volgende gevallen:~~

1° de oorspronkelijk geplande investeringen niet worden uitgevoerd of het bedrag ervan wordt verlaagd, en/of;

2° een verhoging van de in paragraaf 2, tweede lid, 3°, bedoelde inkomstenvooruitzichten ten opzichte van de oorspronkelijke begroting, die uitsluitend of hoofdzakelijk het gevolg is van keuzes die de aanvrager heeft gemaakt na de toekenning van de derogatie. ~~leidt tot een verwachte "missing-money" dat lager is dan de intermediaire maximumprijs met betrekking tot de veiling waarop de derogatieaanvraag betrekking had.~~"

Gevraagd naar verdere toelichting over de rechtsgrond voor het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, verklaarde de gemachtigde het volgende:

"De nieuwe bepaling vervat in het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 vindt zijn rechtsgrond in artikel 7*undecies*, §2, derde lid van de elektriciteitswet dat luidt als volgt (eigen onderlijning):

'De Koning bepaalt bij besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en), na raadpleging van de marktdeelnemers. Een individuele uitzondering wordt toegekend door de commissie.'

Bovenstaande machtiging aan de Koning om de methode en voorwaarden te bepalen tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) en bovenstaande machtiging aan de CREG om die uitzonderingen geval per geval toe te kennen, impliceert ons inziens dat de niet voldoening van voornoemde voorwaarden dergelijk recht op de uitzondering doet vervallen, waarbij de CREG opnieuw geval per geval de door haar toegekende uitzondering opnieuw moet kunnen intrekken. Dit sluit ook aan bij de bevoegdheid van de CREG tot het houden van toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en het vermijden concurrentieverstoringen.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

De bevoegdheid om een uitzondering toe te kennen impliceert de bevoegdheid om een aanvraag om uitzondering te weigeren. In dat opzicht voorziet artikel 7*undecies*, § 11, laatste lid, van de elektriciteitswet in een van rechtswege aanpassing van de capaciteitsvergoeding indien de CREG een initiële aanvraag van een uitzondering op de intermediaire prijslimiet weigert. In diezelfde zin lijkt de bevoegdheid om een uitzondering toe te kennen eveneens de bevoegdheid te impliceren om een toegekende uitzondering in te trekken zodra de voorwaarden niet langer voldaan zijn."

Artikel 7*undecies*, § 11, laatste lid, van de Elektriciteitswet luidt als volgt:

"In geval de commissie overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 2, derde lid, de individuele derogatie van de intermediaire prijslimiet weigert, wordt de capaciteitsvergoeding van rechtswege aangepast. Deze beslissing doet geen afbreuk aan het resultaat van de veiling."

Met de argumentatie van de gemachtigde kan niet worden ingestemd. Uit de aangehaalde wetsbepaling blijkt dat de CREG beschikt over de wettelijke bevoegdheid om een derogatie toe te kennen en te weigeren, maar er wordt geen uitdrukkelijke machtiging verleend om ook de intrekking van die derogatie door de CREG te regelen. Er zou nog kunnen worden aanvaard dat de Koning, desgevallend met een beroep op de algemene uitvoeringsbevoegdheid vervat in artikel 108 van de Grondwet, zou kunnen voorzien in de *opheffing* door de CREG van een reeds toegekende derogatie voor de toekomst, wanneer zou blijken dat niet (langer) is voldaan aan de voorwaarden om de derogatie toe te kennen. Uit de aangehaalde wetsbepaling kan evenwel niet worden afgeleid dat een dergelijk verregaande maatregel als een *intrekking* van die derogatie zou kunnen worden getroffen (en aan de CREG worden opgedragen), nog daargelaten de vraag of de intrekking, zoals die bij de ontworpen bepaling mogelijk wordt gemaakt, toelaatbaar zou zijn in het licht van de algemene beginselen die gelden voor de intrekking van individuele bestuurlijke rechtshandelingen. Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt immers dat het de bedoeling is om de CREG de mogelijkheid te bieden retroactief in te grijpen op contractuele afspraken,[2] wat een vrij verregaande beperking inhoudt van het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Er kan daarvoor ook niet worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, aangezien nergens uit blijkt dat de wetgever een dergelijke maatregel voor ogen had bij de uitwerking van de regeling inzake de derogatie of dat een dergelijke maatregel noodzakelijk is voor de effectieve toepassing van die regeling, rekening houdende met de algemene economie van de wet, zoals die moet worden afgeleid uit de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en uit de doelstellingen die de wetgever nastreefde.[3]

De stellers van het ontwerp beogen voorts dat de CREG voor de controle die aanleiding kan geven tot de intrekking van de derogatie, gebruik kan maken van de onderzoeksbevoegdheden vermeld in artikel 26, § 1*ter*, van de Elektriciteitswet. Die onderzoeksbevoegdheden zijn naar luid van die wetsbepaling evenwel beperkt tot de toepassing van de artikelen 3, 4 en 5 van verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 'betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie' (in essentie het verbod op handel met voorwetenschap, de verplichte openbaarmaking

[2] Die mogelijkheid wordt overigens niet in de tijd beperkt door het ontwerp en zou dus in beginsel voor de volledige looptijd van het contract kunnen gebeuren.

[3] Cass. 18 november 1924, *Mertz*.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

van voorwetenschap en het verbod op marktmanipulatie) en van de artikelen 7*undecies*, § 13, 7*duodecies*, 22*ter* en 22*quater* van de Elektriciteitswet. Artikel 7*undecies*, § 13, van de Elektriciteitswet maakt op zijn beurt melding van "het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme" en maakt de CREG met name bevoegd om na te gaan "of de prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken". Uit die wetsbepaling kan evenwel niet worden afgeleid dat de CREG bevoegd kan worden gemaakt om, zoals uit de ontworpen bepaling blijkt, "de relevantie te controleren van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt" met het oog op de intrekking van die derogatie.

Uit het voorgaande volgt dat voor het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 geen rechtsgrond bestaat en dat deze bepaling moet worden weggelaten uit het ontwerp.

VORMVEREISTEN

5. De vraag rijst of de ontworpen wijzigingen van het koninklijk besluit van 28 april 2021 ook gevolgen hebben voor de voorwaarden voor of de intensiteit van de staatssteunregeling die vervat is in het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: CRM). Indien dat het geval is, moeten de ontworpen wijzigingen, indien ze nog niet aan bod zijn gekomen in de staatssteunbeslissing van de Europese Commissie over het CRM,[4] eveneens worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag 'betreffende de werking van de Europese Unie' en verordening (EU) 2015/1589[5].

De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

> "Zoals het Hof van Justitie in haar arrest van 5 maart 2019 met nummer C-585/17 reeds heeft opgemerkt vormt de aanmeldingsverplichting krachtens artikel 108, lid 3, VWEU, die nader is uitgewerkt in artikel 2 van verordening nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese unie, thans artikel 2 van 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, namelijk één van de fundamentele aspecten van het bij het VWEU ingevoerde controlesysteem op het gebied van staatssteun.
>
> Artikel 4, lid 1, van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, bepaalt in dat verband dat '1. Voor de toepassing van artikel 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 659/1999 wordt onder een wijziging in bestaande steun iedere wijziging verstaan, met uitzondering van aanpassingen van louter formele of administratieve aard die de

[4] Europese Commissie, beslissing C(2021) 6431 final van 27 augustus 2021 (*The Aid Scheme SA.54915 - 2020/C (ex 2019/N) - Belgium - Capacity remuneration mechanism*), https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

[5] 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'.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt niet kunnen beïnvloeden. Een verhoging van de oorspronkelijk voor een bestaande steunregeling voorziene middelen met maximaal 20 procent, wordt echter niet als een wijziging van bestaande steun beschouwd'.

Het Hof van Justitie heeft dienaangaande reeds geoordeeld dat een wijziging niet als louter formeel of administratief in de zin van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 794/2004 kan worden aangemerkt wanneer zij invloed kan hebben op de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt (HvJ 13 juni 2013, HGA e.a./Commissie, C‑630/11 P–C‑633/11 P, EU:C:2013:387, punt 94).

Om vast te stellen of de eventuele beoogde wijziging een wijziging van de steunregeling betreft die van invloed kan zijn op de beoordeling van de verenigbaarheid ervan met de interne markt, in welk geval zij moet worden beschouwd als een 'wijziging van bestaande steun' en dus als 'nieuwe steun' waarvoor de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU geldt, moet rekening worden gehouden met zowel de aard en de draagwijdte van deze wijziging als met de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021, onder zaaknummer SA.54915. (HvJ 28 oktober 2021, gevoegde zaken C-915/19 tot C-917/19, punt 42.)

Echter betreffen de beoogde wijzigingen ons inziens geen wijzigingen die beschouwd moeten als 'nieuwe steun' overeenkomstig artikel 4, lid 1 van Verordening 794/2004 gelet op dat dit geen fundamentele wijzigingen betreffen ten opzichte van koninklijk besluit van 28 april 2021 en de bespreking hiervan in de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021.

Het betreft ons inziens namelijk in de eerste plaats een operationele wijziging, bedoeld om het proces efficiënter en duidelijker te maken. Het gaat er niet om het beginsel van het IPC of de structurele elementen ervan te wijzigen.

Niettemin dient opgemerkt te worden dat DG COMP in kennis is gesteld van ons voornemen om de opzet van het CRM te ontwikkelen. 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 juni 2023 een besluit verwacht, hoewel wordt verwacht dat desgevallend slechts een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn."

Er kan niet worden ingestemd met de zienswijze dat het ontwerp louter formele of administratieve wijzigingen zou inhouden. Zo wordt door verscheidene bepalingen (de artikelen 1, 4, 3°, en 5, 2°, o), 5° en 7°, van het ontwerp) voorzien in een nieuwe koppeling van kosten en resultaten die relevant zijn voor diverse berekeningen aan de verwachte evolutie van de consumentenprijsindex. Het betreft dan ook een significante wijziging van het bestaande systeem, die wel degelijk gevolgen kan hebben voor de voorwaarden of de intensiteit van de staatssteunregeling die vervat is in het CRM, zodat de aanmelding bij de Europese Commissie alsnog vereist is.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,[6] 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.

ALGEMENE OPMERKING

6. Gelet op zowel het technische karakter als het intrinsieke belang van de ontworpen regeling, verdient het aanbeveling om samen met het te nemen besluit een verslag aan de Koning bekend te maken waarin de bedoelingen van de stellers van het ontwerp worden verduidelijkt en waarin de in het ontwerp gemaakte keuzes worden verantwoord.

7. In de bepalingen die worden ingevoegd door de artikelen 1, 4, 3°, 5, 2°, o), en 7°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een koppeling van kosten en resultaten die relevant zijn voor diverse berekeningen aan "de verwachte evolutie van de consumentenprijsindex" en "de verwachte evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijzen" (in de Franse tekst telkens vermeld als "l'évolution attendue de l'indice des prix à la consommation").[7]

Op de vraag of deze "verwachte" evolutie onzeker is, dan wel gebaseerd is op bepaalde objectieve elementen, antwoordde de gemachtigde:

> "Er wordt gewag gemaakt van de verwachte ontwikkeling van de consumentenprijsindex omdat dit een voorspelling blijft van de ontwikkeling van de prijzen tot aan de leveringsperiode, die verschillende jaren na het moment van berekening van de maximale tussenprijs of de netto kosten van een nieuwkomer en dus ook van het koninklijk besluit tot afkondiging daarvan kan plaatsvinden. Deze ontwikkeling is dus een prognose, maar zij zal gebaseerd zijn op de cijfers van het Federaal Planbureau, dat regelmatig voorspellingen maakt betreffende de consumentenprijsindex."

Met het oog op de rechtszekerheid is het dan ook raadzaam om in de tekst van het ontwerp te verduidelijken dat de prognose is gebaseerd op de gegevens van het Federaal Planbureau. De gemachtigde preciseerde eveneens dat het de netbeheerder is die de berekening maakt, veeleer dan de aanvrager van een derogatie, hetgeen dan ook in de tekst van het ontwerp tot uiting moet komen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

8. Gelet op hetgeen is uiteengezet met betrekking tot de rechtsgrond, moet de verwijzing in de aanhef naar artikel 108 van de Grondwet worden weggelaten.

[6] 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.

[7] De Nederlandse tekst zou dan ook eenvormig moeten worden gemaakt.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

Artikel 1

9. Artikel 2, 2°, b), van het ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering' waarover advies 73.577/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies, strekt tot de vervanging van de definitie van "dagelijks programma". Dit begrip wordt ook gedefinieerd in artikel 1, § 2, 15°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, maar die definitie wordt niet gewijzigd door het voorliggende ontwerp. Om te vermijden dat uiteenlopende definities worden gehanteerd in besluiten die rechtsgrond vinden in eenzelfde wet, is een parallelle aanpassing van artikel 1, § 2, 15°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 raadzaam.

Artikel 5

10. De in artikel 5, 1°, b), van het ontwerp vervatte wijziging van artikel 22, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 leidt tot een nodeloze herhaling van de zinsnede "een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs". De gemachtigde formuleerde het volgende tekstvoorstel voor artikel 5, 1°, om dit probleem te verhelpen:

"1° dans le paragraphe 1er les modifications suivantes sont apportées :	1° in paragraaf 1 worden de volgende wijzigingen aangebracht:
a) dans l'alinéa 1er les mots « Un demandeur de dérogation » sont remplacés par les mots « Un détenteur de capacité » ;	a) in het eerste lid worden de woorden 'Een derogatieaanvrager' vervangen door de woorden 'Een capaciteitshouder';
b) dans l'alinéa 1er les mots « une dérogation au prix maximum intermédiaire visé à l'article 15, » sont insérés entres les mots « à laquelle il souhaite participer, » et les mots « par unité de marché de capacité, » ;	b) in het eerste lid worden de woorden 'een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs,' ingevoegd tussen de woorden 'waaraan hij wenst deel te nemen,' en de woorden 'per eenheid in de capaciteitsmarkt';
c) dans l'alinéa 1er les mots « une dérogation au prix maximum intermédiaire visé à l'article 15 » sont supprimés ;	c) in het eerste lid worden de woorden 'een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs' opgeheven;

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

~~c)~~ d) dans l'alinéa 2 les mots « de l'année de la mise aux enchères » sont insérés entre les mots « au plus tard le 31 mars » et les mots «, un tableau qui, » ;	~~c)~~ d) in het tweede lid worden de woorden 'van het jaar van de veiling' ingevoegd tussen de woorden 'uiterlijk op 31 maart' en de woorden 'een tabel die,'."

Met dat tekstvoorstel kan worden ingestemd, althans indien in de Franse tekst het woord "supprimés" wordt vervangen door het woord "abrogés" en indien in punt c) wordt gepreciseerd dat de zinsnede tussen de woorden "betreft," en "aan te vragen" wordt beoogd.

11. In de bepalingen die worden ingevoegd bij artikel 5, 2°, o), en 5°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van respectievelijk de schatting (lees: de beoordeling) en de beoordeling van "het inkomen". De gemachtigde bevestigde dat daarmee "de inkomsten" worden bedoeld die worden vermeld in artikel 20, 4°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021. Het is dan ook die laatste term die moet worden gebruikt.

12. Aan de gemachtigde werd gevraagd wat wordt bedoeld met het begrip "economische dispatch" in het ontworpen artikel 22, § 7, tweede lid, 3° en 4°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, zoals in te voegen bij artikel 5, 5°, van het ontwerp. De gemachtigde antwoordde:

> "De 'economische dispatch' komt overeen met de bepaling van de 'merit order' van de installaties. De 'economische dispatch' bepaalt welke eenheid door de markt zal worden geactiveerd in functie van haar variabele kosten en de te dekken vraag. Eerst wordt de eenheid met de laagste variabele kosten geactiveerd."

Dit zou beter worden verduidelijkt in de tekst van het ontwerp of in het verslag aan de Koning (zie opmerking 6).

13. Het verdient aanbeveling om met het oog op de duidelijkheid van de tekst, in de plaats van de woorden "Zo niet" in het ontworpen artikel 22, § 11, tweede lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, zoals te vervangen bij artikel 5, 8°, van het ontwerp, te schrijven: "Als het verwachte niveau van het 'missing money' kleiner is dan of gelijk is aan de intermediaire maximumprijs".

14. De regeling waarbij een kennisgeving kan gebeuren "per aangetekend schrijven [of per e-mail] met ontvangstbevestiging" (ontworpen artikel 22, § 11, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021) geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid. De vierkante haakjes moeten worden weggelaten en er moet, zoals de gemachtigde verduidelijkte, worden aangegeven dat de voorwaarde van de ontvangstbevestiging enkel betrekking heeft op de e-mail.

*

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, 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 et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend modifier l'arrêté royal du 28 avril 2021 'fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'. Les modifications en projet visent une troisième modification de l'arrêté précité [1].

L'article 1er du projet a pour objet de compléter l'article 10 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 par un nouveau paragraphe 10 relatif à un mécanisme d'indexation des prix pour la détermination du paramètre de prix « coût net d'un nouvel entrant ».

Les articles 2 à 4 du projet modifient les articles 18, 19 et 20 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 en ce qui concerne la réglementation du prix maximum intermédiaire. Les modifications concernent respectivement le calcul des éléments de coûts à prendre en compte pour fixer le prix maximum intermédiaire, l'estimation par le gestionnaire de réseau de la rente inframarginale annuelle et le calcul du « missing-money ».

L'article 5 du projet a pour objet de modifier l'article 22 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 et concerne la procédure de dérogation au prix maximum intermédiaire permettant à un détenteur de capacité de demander une dérogation au prix maximum intermédiaire par unité ou unités de marché de capacité.

Les articles 6 et 7 du projet modifient les règles relatives au prix d'exercice. L'article 6 vise à remplacer le paragraphe 2 de l'article 26 de l'arrêté royal du 28 avril 2021 et concerne le mécanisme d'indexation des prix lors de la fixation du prix d'exercice. L'article 7, 1°, du projet corrige un certain nombre de fautes d'orthographe dans le texte français de

[1] L'arrêté royal du 28 avril 2021 a été modifié une première fois en ce qui concerne les paramètres à utiliser lors de la première enchère, par l'arrêté royal du 4 juillet 2021 'modifiant l'arrêté royal du 28 avril 2021 fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'. Une deuxième modification visait à instaurer une prime de risque additionnelle pour les dépenses d'investissements d'une durée de vie économique de plus de trois ans dans la méthode de calcul du mécanisme de rémunération de capacité par l'arrêté royal du 27 janvier 2022 'modifiant l'arrêté royal du 28 avril 2021 fixant les paramètres avec lesquels le volume de la capacité à prévoir est déterminé, y compris leurs méthodes de calcul, et les autres paramètres nécessaires pour l'organisation des mises aux enchères, ainsi que la méthode pour et les conditions à l'octroi d'une dérogation individuelle à l'application du ou des plafond(s) de prix intermédiaire(s) dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

l'article 27, § 1er, alinéa 3, de l'arrêté royal du 28 avril 2021 et l'article 7, 2°, du projet insère une référence au mécanisme d'actualisation visé à l'article 26, § 2, de l'arrêté royal précité dans l'article 27, § 2, 4°, de ce même arrêté.

L'arrêté envisagé entre en vigueur à la date de sa publication au Moniteur belge, à l'exception de l'article 5, qui entre en vigueur le 1er janvier 2024 (article 8 du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet trouve en principe un fondement juridique dans l'article 7*undecies*, § 2, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité), sous réserve des observations suivantes.

4. Le mécanisme inscrit à l'article 22, § 17, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, tel qu'il sera inséré par l'article 5, 8°, du projet, soulève un problème concernant le fondement juridique. La disposition en projet complète la mission actuelle de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG), qui consiste à statuer sur la demande de dérogation, par celle de dorénavant retirer cette dérogation, dans certains cas, après vérification des éléments identifiés comme déterminants lors de l'octroi de la dérogation. À cet effet, la CREG est en outre investie de certains pouvoirs d'enquête.

On n'aperçoit pas à quel moment la CREG peut procéder au retrait. Conformément au texte français du paragraphe 17, alinéa 1er, en projet, le contrôle susceptible d'entraîner le retrait peut être réalisé « à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction », alors que le texte néerlandais indique dans une phrase incorrecte du point de vue grammatical que ce contrôle est effectué « de sluiting van het capaciteitscontract » (sans préposition). Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Er wordt beoogd om de CREG te machtigen om na de sluiting van een capaciteitscontract de voorwaarden voor de toegekende uitzondering op de intermediaire prijslimieten te controleren. In die optiek zou de tekst kunnen worden aangepast als volgt:
>
> '§ 17. Na de selectie van een bod voor een eenheid van de capaciteitsmarkt, of biedingen voor eenheden van de capaciteitsmarkt indien het gekoppelde capaciteiten betreft, op een veiling die vier jaar vóór de periode van capaciteitslevering wordt georganiseerd en waarvoor de derogatieaanvraag geldt, en na de sluiting van het capaciteitscontract voor deze transactie, heeft de commissie tot taak de relevantie te controleren van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt.'
>
> '§ 17. Postérieurement à la sélection d'une offre pour une unité du marché de capacité, ou des offres pour des unités du marché de capacité s'il s'agit de capacités liées, lors d'une mise aux enchères organisée quatre ans avant la période de fourniture de capacité et pour laquelle la demande de dérogation s'applique, et postérieurement à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction, la commission est chargée de vérifier la pertinence des éléments identifiés comme déterminants lors de l'octroi de la dérogation' ».

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

Le délégué a ensuite communiqué que l'alinéa 3 de l'article 22, § 17, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021 devrait être reformulé comme suit :

« Op basis van haar bevindingen kan de commissie de derogatie intrekken indien één van de volgende omstandigheden ~~leidt tot~~ resulteert in een verwachte 'missing-money' dat lager is dan de intermediaire maximumprijs met betrekking tot de veiling waarop de derogatieaanvraag betrekking had: ~~in de volgende gevallen:~~

1° de oorspronkelijk geplande investeringen niet worden uitgevoerd of het bedrag ervan wordt verlaagd, en/of;

2° een verhoging van de in paragraaf 2, tweede lid, 3°, bedoelde inkomstenvooruitzichten ten opzichte van de oorspronkelijke begroting, die uitsluitend of hoofdzakelijk het gevolg is van keuzes die de aanvrager heeft gemaakt na de toekenning van de derogatie. ~~leidt tot een verwachte "missing-money" dat lager is dan de intermediaire maximumprijs met betrekking tot de veiling waarop de derogatieaanvraag betrekking had~~ ».

Invité à fournir des précisions concernant le fondement juridique de l' article 22, § 17, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De nieuwe bepaling vervat in het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 vindt zijn rechtsgrond in artikel 7*undecies,* §2, derde lid van de elektriciteitswet dat luidt als volgt (eigen onderlijning):

'De Koning bepaalt bij besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en), na raadpleging van de marktdeelnemers. Een individuele uitzondering wordt toegekend door de commissie.'

Bovenstaande machtiging aan de Koning om de methode en voorwaarden te bepalen tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) en bovenstaande machtiging aan de CREG om die uitzonderingen geval per geval toe te kennen, impliceert ons inziens dat de niet voldoening van voornoemde voorwaarden dergelijk recht op de uitzondering doet vervallen, waarbij de CREG opnieuw geval per geval de door haar toegekende uitzondering opnieuw moet kunnen intrekken. Dit sluit ook aan bij de bevoegdheid van de CREG tot het houden van toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en het vermijden concurrentieverstoringen.

De bevoegdheid om een uitzondering toe te kennen impliceert de bevoegdheid om een aanvraag om uitzondering te weigeren. In dat opzicht voorziet artikel 7*undecies*, § 11, laatste lid, van de elektriciteitswet in een van rechtswege aanpassing van de capaciteitsvergoeding indien de CREG een initiële aanvraag van een uitzondering op de intermediaire prijslimiet weigert. In diezelfde zin lijkt de bevoegdheid om een uitzondering toe te kennen eveneens de bevoegdheid te impliceren om een toegekende uitzondering in te trekken zodra de voorwaarden niet langer voldaan zijn ».

L'article 7*undecies*, § 11, dernier alinéa, de la loi sur l'électricité s'énonce comme suit :

« En cas de décision de la commission rejetant une demande de dérogation individuelle au plafond de prix intermédiaire visée à l'article 7*undecies*, § 2, alinéa 3, la rémunération de capacité est de plein droit adaptée. Cette décision ne porte pas préjudice au résultat de la mise aux enchères ».

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

On ne peut pas adhérer à l'argumentation du délégué. Il ressort de la disposition légale citée que la CREG peut légalement accorder et refuser une dérogation, mais aucune délégation expresse n'est prévue lui permettant de régler également le retrait de cette dérogation. On pourrait encore admettre que le Roi, se prévalant le cas échéant du pouvoir général d'exécution inscrit à l'article 108 de la Constitution, puisse prévoir que la CREG *supprime* une dérogation déjà accordée pour l'avenir, s'il s'avérait que les conditions d'octroi de cette dérogation ne sont pas (plus) réunies. Toutefois, on ne saurait déduire de la disposition légale citée qu'une telle mesure aussi radicale que le *retrait* de cette dérogation pourrait être prise (et confiée à la CREG), indépendamment de la question de savoir si le retrait, tel que rendu possible par la disposition en projet, serait admissible au regard des principes généraux applicables au retrait d'actes administratifs individuels. Il ressort en effet des explications du délégué que l'objectif est de permettre à la CREG d'intervenir rétroactivement dans des accords contractuels [2], ce qui implique une limitation relativement radicale du droit de propriété au sens de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH. Le pouvoir général d'exécution ne peut pas non plus être invoqué à cet effet, rien ne permettant de déduire que le législateur envisageait une telle mesure lorsqu'il a élaboré le régime dérogatoire, ou qu'une telle mesure soit nécessaire pour l'application effective de ce régime, compte tenu de l'économie générale de la loi, qui doit se dégager de l'esprit qui a présidé à sa conception et des fins qu'elle poursuit [3].

Les auteurs du projet entendent en outre permettre à la CREG de faire usage des pouvoirs d'enquête mentionnés à l'article 26, § 1er*ter*, de la loi sur l'électricité dans le cadre du contrôle susceptible de donner lieu au retrait de la dérogation. Selon cette disposition légale, ces pouvoirs d'enquête se limitent toutefois à l'application des articles 3, 4 et 5 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 'concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie' (essentiellement l'interdiction des opérations d'initiés, l'obligation de publier les informations privilégiées et l'interdiction des manipulations de marché) ainsi que des articles 7*undecies*, § 13, 7*duodecies*, 22*ter* et 22*quater* de la loi sur l'électricité. L'article 7*undecies*, § 13, de la loi sur l'électricité fait à son tour mention du « contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité » et confère à la CREG la compétence de vérifier notamment « la régularité des procédures de préqualification, des mises aux enchères, des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères indirectes et des transactions dans le marché secondaire, ainsi que l'absence de manipulation du marché, de comportement anti-concurrentiel ou de pratique commerciale déloyale ». Toutefois, on ne peut pas déduire de cette disposition légale que la CREG peut être habilitée, ainsi qu'il ressort de la disposition en projet, à « vérifier la pertinence des éléments identifiés comme déterminants lors de l'octroi de la dérogation » en vue du retrait de cette dérogation.

Il en résulte qu'il n'existe aucun fondement juridique pour l'article 22, § 17, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021 et que cette disposition doit être omise du projet.

[2] D'ailleurs, le projet ne limite pas cette faculté dans le temps et celle-ci pourrait donc en principe être exercée pendant toute la durée du contrat.

[3] Cass., 18 novembre 1924, *Mertz*.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

FORMALITÉS

5. La question se pose de savoir si les modifications en projet de l'arrêté royal du 28 avril 2021 peuvent également avoir des conséquences sur les conditions ou sur l'intensité du régime d'aides d'État inscrit dans le mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : CRM). Si tel est le cas, les modifications en projet, si elles n'ont pas encore été prises en considération dans la décision relative aux aides d'État de la Commission européenne concernant le CRM [4] doivent également être notifiées à cette dernière, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne' et au règlement (UE) 2015/1589 [5].

À ce propos, le délégué a donné la réponse suivante :

« Zoals het Hof van Justitie in haar arrest van 5 maart 2019 met nummer C-585/17 reeds heeft opgemerkt vormt de aanmeldingsverplichting krachtens artikel 108, lid 3, VWEU, die nader is uitgewerkt in artikel 2 van verordening nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese unie, thans artikel 2 van 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, namelijk één van de fundamentele aspecten van het bij het VWEU ingevoerde controlesysteem op het gebied van staatssteun.

Artikel 4, lid 1, van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, bepaalt in dat verband dat '1. Voor de toepassing van artikel 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 659/1999 wordt onder een wijziging in bestaande steun iedere wijziging verstaan, met uitzondering van aanpassingen van louter formele of administratieve aard die de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt niet kunnen beïnvloeden. Een verhoging van de oorspronkelijk voor een bestaande steunregeling voorziene middelen met maximaal 20 procent, wordt echter niet als een wijziging van bestaande steun beschouwd'.

Het Hof van Justitie heeft dienaangaande reeds geoordeeld dat een wijziging niet als louter formeel of administratief in de zin van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 794/2004 kan worden aangemerkt wanneer zij invloed kan hebben op de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt (HvJ 13 juni 2013, HGA e.a./Commissie, C‑630/11 P–C‑633/11 P, EU:C:2013:387, punt 94).

Om vast te stellen of de eventuele beoogde wijziging een wijziging van de steunregeling betreft die van invloed kan zijn op de beoordeling van de verenigbaarheid ervan met de interne markt, in welk geval zij moet worden beschouwd als een 'wijziging van bestaande steun' en dus als 'nieuwe steun' waarvoor de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU geldt, moet rekening worden gehouden met zowel de aard en de draagwijdte van deze wijziging als met de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021, onder zaaknummer SA.54915. (HvJ 28 oktober 2021, gevoegde zaken C-915/19 tot C-917/19, punt 42.).

[4] Commission européenne, décision C(2021) 6431 final du 27 août 2021 (*The Aid Scheme SA.54915 - 2020/C (ex 2019/N) - Belgium - Capacity remuneration mechanism*), https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

[5] 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'.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

Echter betreffen de beoogde wijzigingen ons inziens geen wijzigingen die beschouwd moeten als 'nieuwe steun' overeenkomstig artikel 4, lid 1 van Verordening 794/2004 gelet op dat dit geen fundamentele wijzigingen betreffen ten opzichte van koninklijk besluit van 28 april 2021 en de bespreking hiervan in de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021.

Het betreft ons inziens namelijk in de eerste plaats een operationele wijziging, bedoeld om het proces efficiënter en duidelijker te maken. Het gaat er niet om het beginsel van het IPC of de structurele elementen ervan te wijzigen.

Niettemin dient opgemerkt te worden dat DG COMP in kennis is gesteld van ons voornemen om de opzet van het CRM te ontwikkelen. 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 juni 2023 een besluit verwacht, hoewel wordt verwacht dat desgevallend slechts een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn ».

On ne peut pas adhérer au point de vue selon lequel le projet apporterait des modifications purement formelles ou administratives. Ainsi, plusieurs dispositions (les articles 1er, 4, 3°, et 5, 2°, o), 5° et 7°, du projet) instaurent un nouveau lien entre les coûts et résultats pertinents pour divers calculs et l'évolution attendue de l'indice des prix à la consommation. Il s'agit donc d'une modification significative du système existant, qui peut effectivement avoir une incidence sur les conditions ou l'intensité du régime d'aides d'État inscrit dans le CRM, de sorte que la notification à la Commission européenne est encore requise.

Si l'accomplissement de la formalité précitée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État [6], les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1er, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATION GÉNÉRALE

6. Compte tenu tant de la technicité que de l'importance intrinsèque du dispositif en projet, il est recommandé de publier concomitamment à l'arrêté envisagé un rapport au Roi qui clarifiera les intentions des auteurs du projet et justifiera les choix qui y sont opérés.

7. Les dispositions insérées par les articles 1er, 4, 3°, 5, 2°, o), et 7°, du projet lient les coûts et résultats pertinents pour divers calculs à « l'évolution attendue de l'indice des prix à la consommation » (le texte néerlandais mentionne « de verwachte evolutie van de consumentenprijsindex » et « de verwachte evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijzen ») [7].

[6] 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.

[7] Le texte néerlandais devrait dès lors être uniformisé.

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

À la question de savoir si cette évolution « attendue » est incertaine, ou si elle est basée sur certains éléments objectifs, le délégué a répondu :

> « Er wordt gewag gemaakt van de verwachte ontwikkeling van de consumentenprijsindex omdat dit een voorspelling blijft van de ontwikkeling van de prijzen tot aan de leveringsperiode, die verschillende jaren na het moment van berekening van de maximale tussenprijs of de netto kosten van een nieuwkomer en dus ook van het koninklijk besluit tot afkondiging daarvan kan plaatsvinden. Deze ontwikkeling is dus een prognose, maar zij zal gebaseerd zijn op de cijfers van het Federaal Planbureau, dat regelmatig voorspellingen maakt betreffende de consumentenprijsindex ».

Dans un souci de sécurité juridique, il est dès lors conseillé de clarifier dans le texte du projet que les prévisions se fondent sur les données du Bureau fédéral du Plan. Le délégué a aussi précisé que c'est le gestionnaire de réseau qui fait le calcul et non le demandeur de dérogation, ce qui doit donc figurer dans le texte du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

8. Compte tenu des observations formulées concernant le fondement juridique, on omettra la référence faite par le préambule à l'article 108 de la Constitution.

Article 1er

9. L'article 2, 2°, b), du projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 4 juin 2021 fixant les seuils d'investissements, les critères d'éligibilité des coûts d'investissement et la procédure de classement' sur lequel l'avis 73.577/3 est donné le même jour que le présent avis, a pour objet de remplacer la définition de « programme journalier ». Cette notion est également définie à l'article 1er, § 2, 15°, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, mais cette définition n'est pas modifiée par le projet à l'examen. Afin d'éviter que des définitions divergentes soient employées dans des arrêtés qui trouvent leur fondement juridique dans une même loi, une adaptation parallèle de l'article 1er, § 2, 15°, de l'arrêté royal du 28 avril 2021 est conseillée.

Article 5

10. La modification de l'article 22, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, inscrite à l'article 5, 1°, b), du projet, entraîne une répétition inutile du membre de phrase « une dérogation au prix maximum intermédiaire visé à l'article 15 ». Le délégué a formulé la proposition de texte suivante pour l'article 5, 1°, afin de remédier à ce problème :

« 1° dans le paragraphe 1er les modifications suivantes sont apportées :	1° in paragraaf 1 worden de volgende wijzigingen aangebracht:
a) dans l'alinéa 1er les mots « Un demandeur de dérogation » sont remplacés par les mots « Un détenteur de capacité » ;	a) in het eerste lid worden de woorden 'Een derogatieaanvrager' vervangen

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

	door de woorden 'Een capaciteitshouder';
b) dans l'alinéa 1er les mots « une dérogation au prix maximum intermédiaire visé à l'article 15, » sont insérés entres les mots « à laquelle il souhaite participer, » et les mots « par unité de marché de capacité, » ;	b) in het eerste lid worden de woorden 'een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs,' ingevoegd tussen de woorden 'waaraan hij wenst deel te nemen,' en de woorden 'per eenheid in de capaciteitsmarkt';
c) dans l'alinéa 1er les mots « une dérogation au prix maximum intermédiaire visé à l'article 15 » sont supprimés ;	c) in het eerste lid worden de woorden 'een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs' opgeheven;
~~c)~~ d) dans l'alinéa 2 les mots « de l'année de la mise aux enchères » sont insérés entre les mots « au plus tard le 31 mars » et les mots «, un tableau qui, » ;	~~c)~~ d) in het tweede lid worden de woorden 'van het jaar van de veiling' ingevoegd tussen de woorden 'uiterlijk op 31 maart' en de woorden 'een tabel die,' ».

Cette proposition de texte peut être accueillie, du moins si on remplace dans le texte français le mot « supprimés » par le mot « abrogés » et si on précise au point c) que c'est le membre de phrase entre les mots « liées, » et « selon » qui est visé.

11. Les dispositions insérées par l'article 5, 2°, o), et 5°, du projet font état de l'évaluation des « revenus ». Le délégué a confirmé que sont en l'occurrence visées « les rentes » mentionnées à l'article 20, 4°, de l'arrêté royal du 28 avril 2021. C'est donc ce dernier terme qu'il conviendra d'employer.

12. Il a été demandé au délégué ce qu'il y a lieu d'entendre par la notion « dispatch économique » figurant à l'article 22, § 7, alinéa 2, 3° et 4°, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, tel qu'il sera inséré par l'article 5, 5°, du projet. Le délégué a répondu en ces termes :

> « De 'economische dispatch' komt overeen met de bepaling van de 'merit order' van de installaties. De 'economische dispatch' bepaalt welke eenheid door de markt zal worden geactiveerd in functie van haar variabele kosten en de te dekken vraag. Eerst wordt de eenheid met de laagste variabele kosten geactiveerd »

Mieux vaudrait préciser cette intention dans le texte même du projet ou dans le rapport au Roi (voir l'observation formulée au point 6).

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡

13. Dans un souci de clarté du texte, il est recommandé d'écrire à la place des mots « Dans le cas contraire » inscrits à l'article 22, § 11, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021, tel qu'il sera remplacé par l'article 5, 8°, du projet : « Si le niveau attendu du 'missing money' est inférieur ou égal au prix maximum intermédiaire ».

14. La règle selon laquelle il peut être procédé à une notification « par courrier recommandé [ou électronique] avec accusé de réception » (article 22, § 11, alinéa 5, en projet, de l'arrêté royal du 28 avril 2021) est génératrice d'insécurité juridique. On omettra les crochets et on indiquera, comme l'a précisé le délégué, que la condition de la confirmation de réception concerne uniquement le courrier électronique.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Yves DEPOORTER Jeroen VAN NIEUWENHOVE

‡LW-AIGXQDIFE-HDFHGRZ‡