



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.577/3
van 2 juni 2023

avis 73.577/3
du 2 juin 2023

over

sur

een 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'

un 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'

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 4 juni 2021 tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering’.

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 4 juin 2021 fixant les seuils d'investissements, les critères d'éligibilité des coûts d'investissement et la procédure de classement’.

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.

*

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 4 juni 2021 ‘tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering’.

Artikel 1 van het ontwerp wijzigt het opschrift van het koninklijk besluit van 4 juni 2021. Artikel 2 van het ontwerp strekt tot de wijziging van een aantal definities. Artikel 3 van het ontwerp wijzigt artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 inzake de indeling in capaciteitscategorieën van een indirecte buitenlandse capaciteit en van een niet bewezen capaciteit. Artikel 4, 1° en 2°, van het ontwerp verduidelijkt dat *enkel* met de in artikel 3, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 bedoelde in aanmerking komende kosten rekening wordt gehouden. Artikel 4, 3°, van het ontwerp voorziet in een regeling inzake bepaalde investeringskosten (lees: investeringsuitgaven) die afwijkt van artikel 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021. Artikel 5 van het ontwerp strekt tot de opheffing van artikel 6, § 3, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021. Artikel 6 van het ontwerp wijzigt de in artikel 7, § 1, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 vervatte regeling inzake het investeringsdossier. Artikel 7 van het ontwerp wijzigt de Franse tekst van artikel 9 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 inzake een verzoek om aanvullende informatie. Artikel 8 van het ontwerp voegt in artikel 11 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 een nieuw lid in dat de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) verplicht om in een bepaald geval de klasseringsaanvraag af te wijzen. Artikel 9 van het ontwerp strekt tot de wijziging van de voorwaarden voor de aanwijzing van technische experts die zijn opgenomen in artikel 19 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021.

Het te nemen besluit treedt in werking de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, met uitzondering van artikel 4, 3°, waarvoor een bijzondere regeling geldt in functie van het staatssteunonderzoek door de Europese Commissie (artikel 10 van het ontwerp).

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 7*undecies*, § 9, vierde lid, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet).

VORMVEREISTEN

4. De vraag rijst of de aanpassingen aan het koninklijk besluit van 4 juni 2021 ook gevolgen hebben voor de voorwaarden voor of de intensiteit van de staatssteunregeling die is vervat 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,¹ 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) 2015/1589.²

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 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.)

¹ 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/cases/1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

² 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’.

Echter, behoudens de wijziging voorzien in artikel 4, 3° van het voorliggend ontwerp koninklijk besluit, 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 het koninklijk besluit van 4 juni 2021 zoals beoordeeld in het kader van de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021 en geen betrekking heeft op elementen die de Europese commissie heeft opgenomen in de Staatsteunbeslissing van 27 augustus 2021.

Met betrekking tot art. 4, 3° van het voorliggend ontwerp KB kan niettemin meegedeeld worden dat DG COMP in kennis gesteld zal worden van ons voornemen. 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 een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn.”

In artikel 10, eerste lid, 1°, van het ontwerp wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van “de kennisgeving van de beslissing van de Europese Commissie dat de wijziging van bestaande steun vervat in artikel 4, 3°, geen onverenigbare steun uitmaakt in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”. Op zijn minst artikel 4, 3°, van het ontwerp kan gevolgen hebben voor de voorwaarden of de intensiteit van de staatssteunregeling die is vervat in het CRM, zodat de aanmelding bij de Europese Commissie hoe dan ook is vereist.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,³ 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

5. In de voorafgaande overwegingen in de aanhef wordt momenteel louter toegelicht waarom de stellers van het ontwerp niet ingaan op een voorstel van de CREG. 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.

³ 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.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

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

Artikel 2

7. Op de vraag wat de draagwijdte is van het (noch in de Elektriciteitswet, noch in het koninklijk besluit van 4 juni 2021 gedefinieerde) begrip “standaardcontract” in het ontworpen artikel 1, § 2, 11°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, zoals vervangen bij artikel 2, 2°, b), van het ontwerp, antwoordde de gemachtigde:

“Na afstemming met de CREG omtrent hun voorstel kan geantwoord worden dat een ‘standaardcontract’ een door de netbeheerder voorgesteld en door de CREG goedgekeurd gestandaardiseerd contractmodel is in een aantal domeinen (bv. netaansluiting, toegang tot het net, ...). Deze standaardcontracten zijn ofwel voorzien in de elektriciteitswet (in het kader van het CRM, art. 7*undecies*, § 11) ofwel in artikel 3, § 1, van de gedragscode van de CREG waarnaar wordt verwezen in artikel 11, § 2, van de elektriciteitswet - in de meeste gevallen in toepassing van de Europese netcodes. In dit geval wordt dus verwezen naar het door de CREG goedgekeurde standaardcontract met betrekking tot de programmatie. Dit betreft het standaardcontract zoals bedoeld in artikel 3, § 1, e), van de gedragscode van de CREG.”

Dit zou beter worden verduidelijkt in het verslag aan de Koning (zie opmerking 5).

8. De verwijzing naar de “gedragscode voor elektriciteit bedoeld in artikel 11, § 2, van de wet van 29 april 1999, verstrekt aan de netbeheerder in day-ahead en geactualiseerd met de bepalingen in eerdergenoemd standaardcontract” (ontworpen artikel 1, § 2, 11°, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, zoals vervangen bij artikel 2, 2°, b), van het ontwerp) moet worden vervangen door een kortere verwijzing, zoals de “gedragscode bedoeld in artikel 11, § 2, van de wet van 29 april 1999”.⁴ Het komt immers niet aan de Koning toe om aan een wettelijk gedefinieerd begrip een eigen invulling te geven.

Artikel 3

9. Zoals de gemachtigde bevestigde, moet niet het tweede lid, maar het derde lid van artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 worden vervangen. De verwijzing in de inleidende zin van artikel 3 van het ontwerp moet dan ook in die zin worden aangepast.

⁴ Vgl. de verwijzingen opgenomen in artikel 8, § 1/1, van de Elektriciteitswet.

Artikel 4

10. Artikel 4, 1° en 2°, van het ontwerp strekt ertoe te bepalen dat *enkel* met de in artikel 3, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 bedoelde in aanmerking komende kosten rekening wordt gehouden. In advies 69.021/3 van 13 april 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 4 juni 2021, heeft de Raad van State in dat verband het volgende uiteengezet:

“12.1. De artikelen 3 en 4 van het ontwerp betreffen de klassering van een capaciteit in een capaciteitscategorie.

Dienaangaande wordt in artikel 3, § 1, eerste lid, van het ontwerp bepaald dat voor de klassering van een capaciteit in een capaciteitscategorie ‘alleen’ rekening wordt gehouden met ‘in aanmerking komende investeringskosten’. Artikel 4 van het ontwerp luidt daarentegen als volgt:

‘Om een capaciteit in een capaciteitscategorie te kunnen klasseren, moet rekening worden gehouden met het nominaal referentievermogen van de capaciteit na de beoogde investering.’

De gemachtigde gaf in dit verband de volgende toelichting:

‘Om toe te laten vast te stellen in welke capaciteitscategorie een capaciteit kan worden ingedeeld, is het noodzakelijk niet enkel de bedragen van de in aanmerking komende investeringen te bepalen (m.a.w. de EURO's), maar ook het vermogen dat in rekening moet worden gebracht bij de berekening (m.a.w. de MW'en). In artikel 4 wordt specifiek verduidelijkt dat om geklasseerd te worden in een bepaalde categorie, rekening zal worden gehouden met het nominaal (en dus niet na toepassing van de reductiefactor) referentievermogen ná de beoogde investering. Dit principe geldt voor alle capaciteiten.’

Gelet hierop moeten de artikelen 3 en 4 van het ontwerp duidelijker worden geformuleerd, zodat blijkt dat artikel 3, § 1, van het ontwerp slechts een eerste fase in de procedure van de klassering betreft. Het woord ‘alleen’ in die bepaling moet alleszins worden weggelaten.”

Aan die opmerking is gevolg gegeven door aan de tekst van artikel 3, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 de zinsnede “, met uitsluiting van andere kosten” toe te voegen. De beoogde invoeging van het woord “enkel” bij artikel 4, 1° en 2°, van het ontwerp is niet enkel overbodig, gelet op de voormelde toevoeging, maar dreigt bovendien verwarring te doen ontstaan over de draagwijdte van artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, dat slechts een eerste fase in de procedure van de klassering betreft.

De conclusie is dan ook dat artikel 4, 1° en 2°, uit het ontwerp moet worden weggelaten.

11. Het ontworpen artikel 3, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, zoals toegevoegd bij artikel 4, 3°, van het ontwerp, is moeilijk te begrijpen. De onbeperkte uitwerking in de tijd van de ontworpen bepaling strookt bovendien niet met de volgende toelichting die de gemachtigde verstrekke:

“Oorspronkelijk zou deze afwijking gelden voor de bevoorradingsperiodes 2024-2025, 2025-2026 en 2026-2027. Aangezien besloten werd geen gerichte veiling, zoals bedoeld in artikel 7*duodécies* van de Elektriciteitswet, te organiseren voor de bevoorradingsperiode 2024-2025, zal deze maatregel enkel van toepassing zijn op de periodes 2025-2026 en 2026-2027, en dus op de Y-1 veilingen die voor deze periodes respectievelijk in 2024 en 2025 worden georganiseerd.

Zoals vermeld in het voorstel van de CREG heeft een aantal capaciteitshouders ervoor gekozen niet te bieden in de Y-4 veilingen van 2021 en 2022 en te wachten op de Y-1 veiling, op basis van een aantal veronderstellingen - met name de mogelijkheid om de investering te doen tussen de datum van publicatie van de veilingresultaten en het begin van de leveringsperiode. Het jaar 2022 en het begin van 2023 worden echter gekenmerkt door een energiecrisis, die tot uiting komt in langere leveringsperiodes, waardoor de mogelijkheid om de investering in 12 maanden uit te voeren zeer onzeker wordt. Alleen op deze specifieke situatie is de voorgestelde afwijking gericht, waardoor zij in overeenstemming is met de CEEAG-richtsnoeren. Anderzijds is deze afwijking niet nodig wanneer er nog een Y-4 veiling loopt, aangezien de capaciteitshouders de mogelijkheid hebben om op deze veiling een bod uit te brengen, ditmaal rekening houdend met de nieuwe marktvoorwaarden.”

De gemachtigde formuleerde het volgende tekstvoorstel:

“Art. 4. In artikel 3, § 1, van hetzelfde besluit, worden de volgende wijzigingen aangebracht: [...]

3° paragraaf 1 wordt aangevuld met een lid, luidende:

‘In afwijking van het tweede lid komen voor vergoeding in aanmerking: bestelde investeringsuitgaven die werden besteld in aanmerking tot één jaar vóór de datum van publicatie van de resultaten van de veiling georganiseerd één jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2025 en van de veiling georganiseerd één jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2026 waarin het bod op deze capaciteit telkens is weerhouden geselecteerd, ~~op voorwaarde dat het weerhouden bod betrekking heeft op een periode van capaciteitslevering waarvoor op het tijdstip van de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van [...]~~ 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 vier jaar voordien ~~geen veiling (meer) kon worden georganiseerd.~~’.”

Met dit tekstvoorstel kan worden ingestemd.

Artikel 7

12. Artikel 7 van het ontwerp brengt een wijziging aan in enkel de Franse tekst van artikel 9 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, maar het komt de Raad van State voor dat ook de Nederlandse tekst van die bepaling moet worden aangepast. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Dit betreft een terechte opmerking. Bijgevolg kan er voorgesteld worden om artikel 7 van het voorliggend ontwerp koninklijk besluit te vervangen als volgt:

Art. 7. Dans l'article 9, du même arrêté, les mots « une demande » sont remplacés par les mots « des demandes ».

Art. 7. In artikel 9, van hetzelfde besluit, worden de woorden ‘een verzoek’ vervangen door het woord ‘verzoeken’.”

Met dat tekstvoorstel kan worden ingestemd.

Artikel 8

13. In het ontworpen artikel 11, vierde lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 (ingevoegd bij artikel 8 van het ontwerp) is voorzien in een regeling die op verschillende vlakken aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid.

Er wordt gewag gemaakt van een “klasseringsaanvraag”, terwijl het bestaande wettelijke en reglementaire kader verwijst naar de indiening van een investeringsdossier. De ontworpen bepaling moet worden afgestemd op de bestaande terminologie.

Voorts is de keuze om de ontworpen bepaling in te voegen tussen het derde en het vierde lid in het bestaande artikel 11 van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 verwarringstichtend. De vereisten inzake de prekwalificatie worden immers nagegaan door de netbeheerder, overeenkomstig artikel 10, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 4 juni 2021. De ontworpen bepaling moet dan ook eerder ofwel in dat laatste artikel worden geïntegreerd, ofwel in het koninklijk besluit van 21 mei 2021 ‘tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, wat betreft de voorwaarden waaronder de capaciteitshouders die genieten of genoten hebben van steunmaatregelen het recht hebben tot deelname aan de prekwalificatieprocedure en wat betreft de minimumdrempel in MW’.

Artikel 9

14. Artikel 9 van het ontwerp brengt een wijziging aan in de voorwaarden voor de aanwijzing van technische experts. De gemachtigde deelde mee dat het niet de bedoeling is dat experts die – buiten de context van de eerdere veiling – nog een hangende opdracht als technisch expert hebben, door de ontworpen wijziging worden uitgesloten van de mogelijkheid te worden aangewezen als technisch expert.

De gemachtigde formuleerde in dit verband het volgende tekstvoorstel voor artikel 19, § 1, 1°, a), van het koninklijk besluit van 4 juni 2021, waarbij het onderstreepte gedeelte een bijkomende wijziging van die bepaling betreft:

“Art. 19. § 1. Alleen de persoon die aan de volgende voorwaarden beantwoordt, mag door de capaciteitshouder of -leverancier worden aangewezen als technisch expert:

1° deze persoon is onafhankelijk van de capaciteitshouder of -leverancier die hem aanwijst, in die zin dat:

a) noch hij, noch de leden van zijn team worden voor een andere opdracht dan die van technisch expert tewerkgesteld of bezoldigd door deze capaciteitshouder of -leverancier, dan wel door een vennootschap die met deze in verband staat; en werden de afgelopen twee jaar niet tewerkgesteld of bezoldigd door deze capaciteitshouder of -leverancier, dan wel door een vennootschap van dezelfde groep voor een andere opdracht dan die van technisch expert.”

Met die bijkomende wijziging kan worden ingestemd.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de modifier 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'.

L'article 1^{er} du projet modifie l'intitulé de l'arrêté royal du 4 juin 2021. L'article 2 du projet vise à modifier un certain nombre de définitions. L'article 3 du projet modifie l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 en ce qui concerne le classement en catégories de capacité d'une capacité étrangère indirecte et d'une capacité non prouvée. L'article 4, 1^o et 2^o, du projet précise que *seuls* les coûts d'investissement éligibles visés à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 sont pris en compte. L'article 4, 3^o, du projet règle certaines dépenses d'investissement et déroge à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 4 juin 2021. L'article 5 du projet vise à abroger l'article 6, § 3, de l'arrêté royal du 4 juin 2021. L'article 6 du projet modifie le dispositif contenu à l'article 7, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 en ce qui concerne le dossier d'investissement. L'article 7 du projet modifie le texte français de l'article 9 de l'arrêté royal du 4 juin 2021 en ce qui concerne une demande d'informations complémentaires. L'article 8 du projet insère à l'article 11 de l'arrêté royal du 4 juin 2021 un nouvel alinéa qui oblige la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) à rejeter la demande de classement dans un cas déterminé. L'article 9 du projet modifie les conditions de désignation des experts techniques, figurant à l'article 19 de l'arrêté royal du 4 juin 2021.

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge, à l'exception de l'article 4, 3^o, pour lequel des modalités particulières sont prévues en fonction de l'examen relatif aux aides d'État par la Commission européenne (article 10 du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet trouve son fondement juridique dans l'article 7^{undecies}, § 9, alinéa 4, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité).

FORMALITÉS

4. La question se pose de savoir si les adaptations à apporter à l'arrêté royal du 4 juin 2021 affectent également les conditions ou l'intensité du régime d'aides d'État contenu dans le mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : CRM). Si tel est le cas, il conviendra de notifier également les modifications en projet à la Commission européenne conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne' et au règlement (UE) 2015/1589 ¹ dans la mesure où elles n'ont pas encore été évoquées dans la décision relative aux aides d'État de la Commission européenne concernant le CRM ².

Le délégué y 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.)

¹ 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'.

² 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.

Echter, behoudens de wijziging voorzien in artikel 4, 3° van het voorliggend ontwerp koninklijk besluit, 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 het koninklijk besluit van 4 juni 2021 zoals beoordeeld in het kader van de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021 en geen betrekking heeft op elementen die de Europese commissie heeft opgenomen in de Staatsteunbeslissing van 27 augustus 2021.

Met betrekking tot art. 4, 3° van het voorliggend ontwerp KB kan niettemin meegedeeld worden dat DG COMP in kennis gesteld zal worden van ons voornemen. 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 een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn. »

L'article 10, alinéa 1^{er}, 1°, du projet, fait explicitement mention de « la notification de la décision de la Commission européenne selon laquelle la modification de l'aide existante contenue à l'article 4, 3°, ne constitue pas une aide d'État incompatible au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». À tout le moins l'article 4, paragraphe 3, du projet peut affecter les conditions ou l'intensité du régime d'aides d'État contenu dans le CRM, de sorte que la notification à la Commission européenne est requise en tout état de cause.

Si l'accomplissement de la formalité susmentionnée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État ³, 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.

OBSERVATION GÉNÉRALE

5. Les considérants préliminaires du préambule exposent pour l'heure simplement les motifs pour lesquels les auteurs du projet ne donnent pas suite à une proposition de la CREG. Eu égard à la fois à la technicité et à l'importance intrinsèque du dispositif en projet, il est recommandé de publier en même temps que l'arrêté envisagé un rapport au Roi précisant les intentions des auteurs du projet et justifiant les choix opérés dans le projet.

³ 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

Préambule

6. Compte tenu des observations formulées à propos du fondement juridique, il y a lieu d'omettre du préambule la référence à l'article 108 de la Constitution.

Article 2

7. À la question de savoir quelle est la portée de la notion « contrat type » (qui n'est définie ni dans la loi sur l'électricité ni dans l'arrêté royal du 4 juin 2021) figurant dans l'article 1^{er}, § 2, 11°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, remplacé par l'article 2, 2°, b), du projet, le délégué a donné la réponse suivante :

« Na afstemming met de CREG omtrent hun voorstel kan geantwoord worden dat een 'standaardcontract' een door de netbeheerder voorgesteld en door de CREG goedgekeurd gestandaardiseerd contractmodel is in een aantal domeinen (bv. netaansluiting, toegang tot het net, ...). Deze standaardcontracten zijn ofwel voorzien in de elektriciteitswet (in het kader van het CRM, art. 7undecies, § 11) ofwel in artikel 3, § 1, van de gedragscode van de CREG waarnaar wordt verwezen in artikel 11, § 2, van de elektriciteitswet - in de meeste gevallen in toepassing van de Europese netcodes. In dit geval wordt dus verwezen naar het door de CREG goedgekeurde standaardcontract met betrekking tot de programmatie. Dit betreft het standaardcontract zoals bedoeld in artikel 3, § 1, e), van de gedragscode van de CREG. »

Il serait préférable de préciser cette portée dans le rapport au Roi (voir observation 5).

8. La référence au « code de bonne conduite pour l'électricité visé à l'article 11, § 2, de la loi du 29 avril 1999, fourni au gestionnaire du réseau en day-ahead et mis à jour conformément aux dispositions du contrat type précité » (article 1^{er}, § 2, 11°, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, remplacé par l'article 2, 2°, b), du projet) doit être remplacée par une référence plus courte, telle que « code de bonne conduite visé à l'article 11, § 2, de la loi du 29 avril 1999 »⁴. Il n'appartient en effet pas au Roi de donner sa propre interprétation à une notion définie par la loi.

Article 3

9. Comme l'a confirmé le délégué, ce n'est pas l'alinéa 2 mais l'alinéa 3 de l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 qui doit être remplacé. La référence contenue dans la phrase liminaire de l'article 3 du projet devra dès lors être adaptée en ce sens.

⁴ Cf. les références figurant à l'article 8, § 1/1, de la loi sur l'électricité.

Article 4

10. L'article 4, 1° et 2°, du projet vise à préciser que *seuls* les coûts d'investissement éligibles visés à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 sont pris en considération. Dans l'avis 69.021/3 du 13 avril 2021 sur un projet d'arrêté royal devenu l'arrêté royal du 4 juin 2021, le Conseil d'État a formulé les observations suivantes à ce propos :

« 12.1. Les articles 3 et 4 du projet portent sur le classement d'une capacité dans une catégorie de capacité.

L'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet dispose à ce propos que « [s]euls les coûts d'investissement éligibles » sont pris en compte en vue du classement d'une capacité dans une catégorie de capacité. L'article 4 du projet dispose par contre :

'En vue de permettre le classement d'une capacité dans une catégorie de capacité, il est tenu compte de la puissance nominale de référence de la capacité après l'investissement envisagé'.

À ce propos, le délégué a donné les éclaircissements suivants :

'Om toe te laten vast te stellen in welke capaciteitscategorie een capaciteit kan worden ingedeeld, is het noodzakelijk niet enkel de bedragen van de in aanmerking komende investeringen te bepalen (m.a.w. de EURO's), maar ook het vermogen dat in rekening moet worden gebracht bij de berekening (m.a.w. de MW'en). In artikel 4 wordt specifiek verduidelijkt dat om geklasseerd te worden in een bepaalde categorie, rekening zal worden gehouden met het nominaal (en dus niet na toepassing van de reductiefactor) referentievermogen ná de beoogde investering. Dit principe geldt voor alle capaciteiten'.

Compte tenu de ces éclaircissements, il s'impose de formuler plus précisément les articles 3 et 4 du projet, afin qu'il ressorte que l'article 3, § 1^{er}, du projet ne concerne qu'une première étape dans la procédure de classement. On omettra en tout cas le mot « Seuls » dans cette disposition. »

Il a été donné suite à cette observation par l'ajout, au texte de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, du segment de phrase « , à l'exclusion des autres coûts, ». L'insertion envisagée du mot « seuls » par l'article 4, 1° et 2°, du projet est non seulement superflue, vu l'ajout précité, mais risque en outre de créer une ambiguïté quant à la portée de l'article 3, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, lequel ne concerne qu'une première phase dans la procédure de classement.

Force est dès lors de conclure que l'article 4, 1° et 2°, doit être omis du projet.

11. L'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021, tel qu'il est inséré par l'article 4, 3°, du projet, est peu compréhensible. Les effets illimités dans le temps de la disposition en projet ne s'accorde de surcroît pas avec le commentaire suivant, fourni par le délégué :

« Oorspronkelijk zou deze afwijking gelden voor de bevoorradingsperiodes 2024-2025, 2025-2026 en 2026-2027. Aangezien besloten werd geen gerichte veiling, zoals bedoeld in artikel 7*duodecies* van de Elektriciteitswet, te organiseren voor de bevoorradingsperiode 2024-2025, zal deze maatregel enkel van toepassing zijn op de periodes 2025-2026 en 2026-2027, en dus op de Y-1 veilingen die voor deze periodes respectievelijk in 2024 en 2025 worden georganiseerd.

Zoals vermeld in het voorstel van de CREG heeft een aantal capaciteitshouders ervoor gekozen niet te bieden in de Y-4 veilingen van 2021 en 2022 en te wachten op de Y-1 veiling, op basis van een aantal veronderstellingen - met name de mogelijkheid om de investering te doen tussen de datum van publicatie van de veilingresultaten en het begin van de leveringsperiode. Het jaar 2022 en het begin van 2023 worden echter gekenmerkt door een energiecrisis, die tot uiting komt in langere leveringsperiodes, waardoor de mogelijkheid om de investering in 12 maanden uit te voeren zeer onzeker wordt. Alleen op deze specifieke situatie is de voorgestelde afwijking gericht, waardoor zij in overeenstemming is met de CEEAG-richtsnoeren. Anderzijds is deze afwijking niet nodig wanneer er nog een Y-4 veiling loopt, aangezien de capaciteitshouders de mogelijkheid hebben om op deze veiling een bod uit te brengen, ditmaal rekening houdend met de nieuwe marktvoorwaarden. »

Le délégué a formulé la proposition de texte suivante :

« Art. 4. In artikel 3, § 1, van hetzelfde besluit, worden de volgende wijzigingen aangebracht: [...]

3° paragraaf 1 wordt aangevuld met een lid, luidende:

'In afwijking van het tweede lid komen voor vergoeding in aanmerking: bestelde investeringsuitgaven die werden besteld in aanmerking tot één jaar vóór de datum van publicatie van de resultaten van de veiling georganiseerd één jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2025 en van de veiling georganiseerd één jaar voor de periode van capaciteitslevering startend op 1 november 2026 waarin het bod op deze capaciteit telkens is weerhouden geselecteerd, op voorwaarde dat het weerhouden bod betrekking heeft op een periode van capaciteitslevering waarvoor op het tijdstip van de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van [...] 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 vier jaar voordien geen veiling (meer) kon worden georganiseerd.' »

On peut se rallier à cette proposition de texte.

Article 7

12. L'article 7 du projet apporte une modification au seul texte français de l'article 9 de l'arrêté royal du 4 juin 2021, mais il apparaît au Conseil d'État qu'il faut aussi adapter le texte néerlandais de cette disposition. Le délégué a répondu comme suit :

« Dit betreft een terechte opmerking. Bijgevolg kan er voorgesteld worden om artikel 7 van het voorliggend ontwerp koninklijk besluit te vervangen als volgt:

Art. 7. Dans l'article 9, du même arrêté, les mots « une demande » sont remplacés par les mots « des demandes ».

Art. 7. In artikel 9, van hetzelfde besluit, worden de woorden 'een verzoek' vervangen door het woord 'verzoeken'. »

On peut se rallier à cette proposition de texte.

Article 8

13. L'article 11, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 4 juin 2021 (inséré par l'article 8 du projet) comporte un dispositif qui est source d'insécurité juridique dans plusieurs domaines.

Il fait mention d'une « demande de classement » alors que le cadre légal et réglementaire existant se réfère à l'introduction d'un dossier d'investissement. La disposition en projet doit être alignée sur le terminologie existante.

Par ailleurs, le choix d'insérer la disposition en projet entre l'alinéa 3 et l'alinéa 4 dans l'article 11 existant de l'arrêté royal du 4 juin 2021 peut être source de confusion. Les exigences en matière de préqualification sont en effet vérifiées par le gestionnaire du réseau conformément à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 4 juin 2021. La disposition en projet devra dès lors plutôt être intégrée dans ce dernier article ou dans l'arrêté royal du 21 mai 2021 'relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien ont le droit ou l'obligation de participer à la procédure de préqualification et en ce qui concerne le seuil minimal, en MW'.

Article 9

14. L'article 9 du projet apporte une modification dans les conditions de désignation des experts techniques. Le délégué a déclaré que la modification en projet ne vise pas à exclure de la possibilité d'être désignés comme experts techniques les experts qui - hors du contexte de la mise aux enchères précédente - ont encore une tâche d'expert technique en cours.

Le délégué a formulé à cet égard la proposition de texte suivante pour l'article 19, § 1^{er}, 1^o, a), de l'arrêté royal du 4 juin 2021, dans laquelle la partie soulignée constitue une modification complémentaire de cette disposition :

« Art. 19. § 1. Alleen de persoon die aan de volgende voorwaarden beantwoordt, mag door de capaciteitshouder of -leverancier worden aangewezen als technisch expert:

1^o deze persoon is onafhankelijk van de capaciteitshouder of -leverancier die hem aanwijst, in die zin dat:

- a) noch hij, noch de leden van zijn team worden voor een andere opdracht dan die van technisch expert tewerkgesteld of bezoldigd door deze capaciteitshouder of -leverancier, dan wel door een vennootschap die met deze in verband staat; en werden de afgelopen twee jaar niet tewerkgesteld of bezoldigd door deze capaciteitshouder of -leverancier, dan wel door een vennootschap van dezelfde groep voor een andere opdracht dan die van technisch expert. »

Cette modification complémentaire peut être admise.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Yves DEPOORTER

Jeroen VAN NIEUWENHOVE