



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 75.981/16
van 3 mei 2024

avis 75.981/16
du 3 mai 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België'

un projet d'arrêté royal 'établissant la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique'

Op 26 maart 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 6 mei 2024, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 30 april 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wnd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, 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 Tim CORTHAUT, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 mei 2024.

*

Le 26 mars 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 6 mai 2024, sur un projet d'arrêté royal ‘établissant la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 30 avril 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

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 Tim CORTHAUT, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 mai 2024.

*

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 om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt hoofdzakelijk tot het reguleren van de concurrerende inschrijvingsprocedure voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

Het om advies voorgelegde ontwerp is een aangepaste versie van een eerdere tekst waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 11 januari 2024 advies 75.107/16 heeft gegeven.¹ In dat advies werd het ontwerp onderzocht in het licht van de regeling die is opgenomen in de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet).

De Raad van State verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen.² Sinds het voormelde advies zijn echter wijzigingen aan de Elektriciteitswet aangenomen door de (opgesplitste) wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’ en de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’. Deze wetten werden op 22 april 2024 in tweede lezing aangenomen in de bevoegde parlementaire commissie³ en op 25 april 2024 aangenomen door de Kamer van volksvertegenwoordigers.⁴ Deze wetten zijn op datum van dit advies nog niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

¹ Adv.RvS 75.107/16 van 11 januari 2024 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België’.

² Vaste adviespraktijk. Zie bijvoorbeeld adv.RvS 70.817/3 van 3 februari 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 maart 2022 ‘houdende wijzigingen aan het Strafwetboek en inzake de bevoegdheid om in rechte op te treden met betrekking tot het seksueel strafrecht’, opmerking 3.

³ Zie *Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 55-3937/005 en 55-3937/006.

⁴ Zie het integraal verslag van de plenumvergadering van 25 april 2024 (avond) – voorlopige versie, *Parl.St.* Kamer 2023-24, CRIV 55 PLEN 302, 10.

Aangezien de juridische context waarbinnen de ontworpen regeling moet worden beoordeeld aanmerkelijk is gewijzigd sinds het voormelde advies, wordt het nu om advies voorgelegde ontwerp onderzocht om na te gaan of het in overeenstemming is met de Elektriciteitswet zoals die zal luiden na de inwerkingtreding van de voornoemde wetten.

Het ontwerp bevat, in vergelijking met de eerder onderzochte versie, bovendien een aantal nieuwe bepalingen die niet louter als wijzigingen ten gevolge van in het eerdere advies gemaakte opmerkingen kunnen worden beschouwd. In essentie zijn – zuiver formele wijzigingen buiten beschouwing gelaten – de volgende bepalingen in het ontwerp geheel of gedeeltelijk nieuw:

- een wijziging van de definitie van “elektriciteitsreferentieprijs” (artikel 1, § 2, 25°);
- een wijziging van bepaalde voorwaarden waaraan de aanvraag moet voldoen (artikel 7, 2°, 3°, en 12°);
- een wijziging van bepaalde maximumtermijnen (artikelen 8, § 4 en 11, § 2);
- een wijziging van de regels inzake referenties (artikel 16, § 1);
- een wijziging van de regels met betrekking tot de ontmantelingsfase (artikelen 39, § 3, en 53, § 1, 4°);
- een wijziging van bepaalde regels inzake steunmaatregelen voor de concessiehouder (artikelen 40 tot 52);
- een wijziging en invoeging van regels die verband houden met provisies en waarborgen (artikelen 35, § 1, 21°, en 57);
- een invoeging van regels die verband houden met de aanvraag tot wijziging van een domeinconcessie (artikel 60, §§ 1 en 2);
- terwijl voordien alleen de minister besliste over de wijziging van een domeinconcessie, komt die beslissingsbevoegdheid nu toe aan de concessieverlenende overheid⁵ (artikelen 60, §§ 1 en 2, en 63);
- een regeling waarbij een overdracht van een domeinconcessie slechts kan plaatsvinden mits de instemming van de minister (artikel 65, derde lid).

RECHTSGROND

3. Het onderzoek van de rechtsgrond is gebeurd met inachtneming van de in opmerking 2 vermelde wijzigingsbepalingen van de Elektriciteitswet, waarbij – voor zover nog relevant in het licht van de deels gewijzigde rechtsgrond biedende bepalingen – tevens rekening is gehouden met de rechtsgrondanalyse in het reeds genoemde advies 75.107/16. De Raad van State, afdeling Wetgeving, gaat er daarbij vanuit dat het te nemen besluit niet in werking zal treden voordat de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’ en de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ in werking zullen zijn getreden en al die normen in het Belgisch Staatsblad zullen zijn bekendgemaakt.

⁵ Dat zijn de minister bevoegd voor energie en de minister bevoegd voor het mariene milieu en de mariene ruimtelijke planning, die gezamenlijk optreden (zie de definitie vermeld in artikel 1, § 2, 3°, van het ontwerp).

3.1. Op de datum waarop dit advies wordt uitgebracht, bestaat er ook na het aannemen van de voornoemde wetten nog onzekerheid over de rechtsgrond voor artikel 36 van het ontwerp.⁶ Artikel 36, tweede en vijfde lid, van het ontwerp verwijst immers – in afwijking van de gecoördineerde wetten op de Raad van State – naar de termijn van vijftien dagen om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen. Die termijn is opgenomen in het ontworpen artikel 6/3, § 3, laatste lid, van de Elektriciteitswet, dat wordt ingevoerd via een wetsontwerp dat is afgesplitst van het wetsontwerp dat in de monocamerale procedure is aangenomen.⁷ De ontworpen bepaling luidt:

“Op straffe van niet-ontvankelijkheid, kan een vordering tot schorsing met betrekking tot de beslissing tot toekenning van de domeinconcessie slechts worden ingediend binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen vanaf de kennisgeving vastgesteld overeenkomstig het tweede lid. Het bewijs van spoedeisendheid is voor voornoemde vordering tot schorsing niet vereist.”

Er bestaat op de datum van dit advies nog onzekerheid of de Senaat zijn evocatierecht overeenkomstig artikel 78, § 2, eerste lid, van de Grondwet zal uitoefenen voor wat betreft het wetsontwerp met de aangehaalde bepaling.

Artikel 36 van het ontwerp kan niet worden aangenomen voordat die wet is aangenomen volgens de parlementaire procedure bepaald in artikel 78 van de Grondwet.

3.2. Wat betreft de rechtsgrond voor de nieuwe bepalingen van het ontwerp, valt op te merken dat het nieuwe artikel 51, derde lid, van het ontwerp rechtsgrond vindt in de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 6/3, § 12, van de Elektriciteitswet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In advies 75.617/16 van 20 maart 2024 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de nog af te kondigen wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’ stelde de Raad van State, afdeling Wetgeving:

“10. Artikel 2, 1^o, van het voorontwerp strekt ertoe in artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet een machtiging in te voegen waarbij de Koning een maximumprijs kan instellen voor de verkoop door de domeinconcessiehouder van de geproduceerde hernieuwbare elektriciteit. De tekst van de nieuwe machtiging in punt 12^o maakt geen melding van bepaalde doelgroepen (‘maximumprijs voor de eindafnemers’) en ook de memorie van toelichting maakt op algemene wijze melding van ‘eindgebruikers’.

⁶ Zie over de rechtsgrondproblemen van deze bepaling eerder al het hoger vermeldde advies 75.107/16, opmerking 4.2.

⁷ *Parl.St.* Kamer 2023-24, 3937/006.

In het in opmerking 2 vermelde advies 75.107/16 van 11 januari 2024 stelde de afdeling Wetgeving onder meer het volgende inzake de mogelijkheden die het Europees recht biedt om in te grijpen op de prijsstelling voor de levering van elektriciteit:

‘4.3.2. (...) Het verslag aan de Koning omvat weliswaar een repliek op de opmerkingen van de CREG, maar die toelichting gaat eraan voorbij dat artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’ overheidsingrijpen in de prijsstelling voor de levering van elektriciteit enkel mogelijk maakt voor specifieke categorieën van personen, namelijk ‘energiearme en kwetsbare huishoudelijke afnemers’ en dan ook nog enkel onder zeer strikte voorwaarden,⁸ terwijl het toepassingsgebied van artikel 42 van het ontwerp veel ruimer is en de maximumprijs geldt voor alle afnemers van de energieproductie die onder de carve-out valt. De voorliggende regeling lijkt bijgevolg onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbevestiging, wat bovendien gevolgen kan hebben voor de beoordeling door de Europese Commissie van de verenigbaarheid van het ontworpen steunmechanisme met de interne markt. Bijgevolg zal slechts in een specifieke rechtsgrond kunnen worden voorzien voor het instellen van een maximumprijs in de mate dat die maximumprijs enkel wordt gehanteerd ten aanzien van de doelgroepen die worden vermeld in artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 en onder de voorwaarden die in die bepaling worden vermeld.’

Gevraagd of het de bedoeling is dat de Koning aan de ontworpen machtiging uitvoering geeft rekening houdend met de hoger aangehaalde inzake de beperkingen met betrekking tot de doelgroepen die voortvloeien uit het Europees recht, stelde de gemachtigde:

‘Het is de bedoeling dat de Koning de betreffende machtiging, zoals steeds, uitvoert overeenkomstig het Europees recht. In dat opzicht wordt momenteel getracht hieromtrent de beoogde regeling informeel af te toetsen met de Europese Commissie, onder meer in het licht van de interpretatie en de finaliteit van artikel 5 van richtlijn 2019/944. Artikel 5(6) van richtlijn (EU) 2019/944 voorziet naast “energiearme of kwetsbare huishoudelijke afnemers” ook in de mogelijkheid om prijsstelling toe te passen voor de levering van elektriciteit aan huishoudelijke afnemers en aan micro-ondernemingen die niet profiteren van overheidsingrijpen en dit met het oog op een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen en om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen.’

In dit verband wordt erop gewezen dat artikel 5, lid 6, van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’ eerder een algemene uitzonderingsgrond lijkt te zijn, die bovendien moet kaderen in “een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen” en dat tevens moet worden voldaan aan alle voorwaarden opgesomd in artikel 5, lid 4 en 7, van richtlijn (EU) 2019/944. De voorliggende regeling, die ertoe strekt een toekomstig

⁸ Voetnoot 13 van het aangehaalde advies: Voetnoot 12 van het aangehaalde advies: Zie in dit verband ook adv.RvS 67.627/3 van 23 juni 2020 over een ontwerp van besluit van de Minister van Economie ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 1 juni 2004 tot vaststelling van maximumprijzen voor de levering van elektriciteit door de distributienetbeheerders aan de eindafnemers wiens leveringscontract werd opgezegd door hun leverancier en die niet als residentieel beschermde klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie in die zin van artikel 20, § 2, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt kunnen beschouwd worden’, opmerkingen 5.1 tot 5.4

mechanisme op te zetten voor een bepaalde productie uit hernieuwbare energie, voor de volledige duur van de concessies, lijkt bijgevolg onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbeplanning. Indien de stellers van het voorontwerp toch zouden beogen om artikel 2, 1°, van het voorontwerp aan te nemen, verdient het in elk geval aanbeveling om het informeel overleg met de Europese Commissie hierover verder te zetten en in de memorie van toelichting uiteen te zetten hoe voldaan is aan de verschillende voorwaarden van de genoemde bepalingen. Bovendien geldt er overeenkomstig artikel 5, lid 8, van richtlijn (EU) 2019/944 een bijzondere kennisgevingsplicht voor maatregelen die krachtens artikel 5, lid 6, van die richtlijn worden genomen, ook al verhindert die de inwerkingtreding van die maatregelen niet.⁹”

De omstandigheid dat de wetgever door het voorzien in een afwijking op artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht in artikel 6/3, § 3, eerste lid, 12°, van de Elektriciteitswet een rechtsgrondprobleem heeft opgelost en dat de regeling inzake de contractuele relaties met eindafnemers in vergelijking met de eerder om advies voorgelegde versie grondig is herwerkt, neemt niet weg dat de in de eerdere adviezen aangehaalde problemen in het licht van het Europees recht nog steeds aanwezig zijn in het voorliggende ontwerp (zie met name de artikelen 47 en volgende van het ontwerp).

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de nog af te kondigen wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’¹⁰ leidt niet tot een andere conclusie. Het enige wezenlijk nieuwe element dat wordt aangehaald betreft de verwijzing naar een voorstel van de Europese Commissie, dat echter vooralsnog niet door de Raad en het Europees Parlement is aangenomen.¹¹ Ook in het verslag aan de Koning bij het ontwerp wordt verwezen naar deze toekomstige regulering:

“Het ontwerp van de hervorming van de Electricity Market Design (EMD), waarover een voorlopige overeenkomst werd bereikt tussen de medewetgevers in december 2023 en naar verwachting formeel zal worden aangenomen in juni 2024, vermeldt in artikel 19.a.3 dat ‘indien een garantiesysteem voor PPAs wordt gesteund door de lidstaat, het bepalingen moet bevatten om de liquiditeit op elektriciteitsmarkten niet te verlagen’. Artikel 19.a.4 vermeldt dat ‘ondersteuningsregelingen voor elektriciteit uit hernieuwbare bronnen, de deelname van projecten moeten toestaan die een deel van de elektriciteit reserveren voor verkoop via een hernieuwbare PPA of andere op de markt gebaseerde regelingen, mits dit de concurrentie op de markt niet negatief beïnvloedt, met name in gevallen waarin de twee partijen die bij deze PPA zijn betrokken, worden gecontroleerd door dezelfde entiteit’. Bovendien verwijst overweging 29 naar financiële PPAs als een mogelijke manier om te verzekeren dat er geen afname van de liquiditeit op de markt is. (...)”

⁹ Voetnoot 14 van het aangehaalde advies: Ten slotte zal ook over de tenuitvoerlegging van die maatregel moeten worden gerapporteerd aan de Europese Commissie, overeenkomstig artikel 5, lid 9, van richtlijn (EU) 2019/944.

¹⁰ Parl.St. Kamer, 2023-24, 55-3937/001.

¹¹ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad ‘tot wijziging van de Verordeningen (EU) 2019/943 en (EU) 2019/942 en de Richtlijnen (EU) 2018/2001 en (EU) 2019/944 om de opzet van de elektriciteitsmarkt van de Unie te verbeteren’. Deze maand werd dit voorstel in eerste lezing onderzocht door het Europees Parlement, na informele besprekingen met de Raad en de Commissie (zie https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8756_2024_INIT).

De Raad van State, afdeling Wetgeving, kan de overeenstemming met hogere rechtsnormen die misschien (“naar verwachting”) in de nabije toekomst zullen worden aangenomen en waarvan de inhoud vooralsnog onzeker is nog niet nagaan. Zolang de verordening niet is aangenomen op Europees niveau, kunnen de Europeesrechtelijke bezwaren van de afdeling Wetgeving tegen de ontworpen regeling dan ook niet worden weerlegd onder verwijzing naar het voormelde ontwerp van verordening.

In dit verband wordt dan ook opnieuw een voorbehoud gemaakt. Het staat aan de stellers van het ontwerp om te beoordelen of ze de totstandkoming van het ontwerp wensen uit te stellen tot na de eventuele totstandkoming van die Europese verordening, dan wel of ze het te nemen besluit afstemmen op het vigerende Europese kader.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In de aanhef moet bijkomend melding worden gemaakt van artikel 108 van de Grondwet en van artikel 6/3, § 12, van de Elektriciteitswet. Tevens dient te worden aangegeven dat de artikelen 6/3, § 3, en 7 van de Elektriciteitswet laatst zijn gewijzigd door de op 25 april 2024 aangenomen wet (met vermelding van de datum van afkondiging van die wet). Wat artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet betreft, zal ook rekening moeten worden gehouden met de in opmerking 3.1 vermelde optioneel bicamerale wet, die die paragraaf immers aanvult met een extra lid.

6. In de aanhef zal, naast de verwijzing naar advies 75.107/16 van de afdeling Wetgeving, eveneens een verwijzing naar advies 75.981/16 moeten worden opgenomen.

Artikel 7

7. In de voorlaatste alinea van artikel 7, 2°, van het ontwerp dient in de zinsnede “op 1 maart 2024 of 6 maand voor de uiterste indieningsdatum” het woord “of” te worden vervangen door het woord “en”.

Artikelen 7 en 53

8. Artikel 7, 12°, van het ontwerp vereist “een becijferd voorstel van een verzekeringsmaatschappij met maatschappelijke zetel in België of in een ander land van de Europese Economische Ruimte voor de risicodekking op het vlak van de burgerlijke aansprakelijkheid met betrekking tot de productie-installatie die voldoet aan de eisen bedoeld in artikel 58”. In artikel 53, § 1, 21°, van het ontwerp wordt ook naar die voorwaarde verwezen.

Aangezien die bepaling bepaalde potentieel geïnteresseerde verzekeraars (bijvoorbeeld een verzekeraar gevestigd in het Verenigd Koninkrijk) uitsluit, rijst de vraag of niet minstens rekening dient te worden gehouden met internationale overeenkomsten waardoor de Europese Unie is gebonden.

Gevraagd om in dit verband standpunt in te nemen, stelde de gemachtigde:

“Akkoord om ook rekening te houden met internationale overeenkomsten waardoor de EU is gebonden in het kader van de toelating van mogelijke verzekeraars. In dat opzicht zou artikel 7, 12° kunnen worden aangepast als volgt:

‘12° een becijferd voorstel van een verzekeringsmaatschappij met maatschappelijke zetel in België of in een ander land van de Europese Economische Ruimte, of in een ander land voor zover internationale overeenkomsten waardoor België gebonden is vereisen dat inschrijvers uit die landen aan de concurrerende inschrijvingsprocedure kunnen deelnemen, voor de risicodekking op het vlak van de burgerlijke aansprakelijkheid met betrekking tot de productie-installatie die voldoet aan de eisen bedoeld in artikel 58.’

In het licht van de omvang van het beoogde project, zowel op het financiële vlak als op het vlak van infrastructuur die op publiek domein zal worden gebouwd, en het belang van de haalbaarheid en waarschijnlijkheid van realisatie, lijkt het gepast om het verzekeraar karakter van ieder concrete inschrijving te toetsen aan de hand van een verklaring vanwege een kandidaat verzekeraar.”

Met die voorgestelde aanpassing kan worden ingestemd. Ook artikel 53, § 1, 21°, van het ontwerp zal overeenkomstig moeten worden aangepast.

Artikel 47

9. Artikel 47, § 1, van het ontwerp stelt de voorwaarden vast waaronder door middel van stroomafnameovereenkomsten een deel van de geproduceerde elektriciteit verhandeld wordt. Indien dergelijke stroomafnameovereenkomsten minder dan zes maanden na het afsluiten van de domeinconcessie worden afgesloten, is één van de voorwaarden dat slechts de helft van het in artikel 47, § 2, eerste lid, bedoelde volume worden gecontracteerd via “een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België” (artikel 47, § 1, 6°, b), van het ontwerp).

Artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) verbiedt het misbruik door een of meer ondernemingen met een machtspositie (in het Frans: “une position dominante”) op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan. Een onderneming kan in een machtspositie terechtkomen indien haar bijzondere of uitsluitende rechten worden verleend waardoor zij kan bepalen of, en in voorkomend geval, onder welke voorwaarden andere ondernemingen toegang tot de betrokken markt kunnen krijgen en er hun activiteiten kunnen uitoefenen.

De gemachtigde gaf de volgende toelichting over de beoogde regeling inzake het beperken van de mogelijkheden om te contracteren met leveranciers of tussenpersonen met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België:

“Om een minimum aan extra liquiditeit op de DA-markt te behouden, is optie voor PPA's met een vaste prijs (het optioneel mechanisme) beperkt tot maximaal 75% van de AAP. Dit zal de PPA-markt met vaste prijzen in België openen en verbreden, waardoor meer eindgebruikers dergelijke contracten kunnen afsluiten en toegang krijgen tot stabiele prijzen. Uit de besprekingen met Europese Commissie in het kader van de Europese staatssteunregels kwam voort de PPAs op twee manieren kunnen worden afgesloten. Voor de onderhandse PPAs die worden afgesloten binnen de 6 maanden na het gunnen van de domeinconcessie zijn twee belangrijke elementen (onder andere) dat zij een duur van 20 jaar moeten hebben en dat zij niet worden afgesloten na een competitief proces. Om aldus verder de liquiditeit op de markt te behouden kwam voort uit de besprekingen dat er niet meer dan 25% van het geproduceerde volume het voorwerp kan uitmaken van een stroomafnameovereenkomst met een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België. Dit ongeacht de eventuele verbondenheid tussen de concessiehouder en deze 'dominante speler. Bij PPAs afgesloten na een competitief proces geldt deze beperking niet. (...)”

9.1. Indien het de bedoeling is om ondernemingen met een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU te viseren, dienen in de Nederlandse tekst van het ontwerp de woorden “dominante positie” te worden vervangen door het woord “machtspositie”.

9.2. Uit de hoger aangehaalde toelichting van de gemachtigde blijkt dat de eventuele verbondenheid tussen de concessiehouder en de onderneming met een machtspositie geen impact heeft op de beperkingen inzake het volume elektriciteit dat wordt verhandeld via stroomafnameovereenkomsten.¹² De opgelegde beperkingen zouden dus ook gelden voor verbonden ondernemingen (zoals dochter- of moederondernemingen). Met het oog op de rechtszekerheid moet worden verduidelijkt in de tekst van het ontwerp dat de opgelegde beperkingen eveneens gelden voor verbonden ondernemingen.

9.3. Daarnaast rijst de vraag hoe concreet zal worden bepaald welke onderneming of ondernemingen een machtspositie voor elektriciteitslevering in België hebben. In het verslag aan de Koning staat in dit verband vermeld:

“De commissie bepaalt binnen drie maanden na de inwerkingtreding van dit Koninklijk Besluit de definitie van dominante positie op de Belgische markt voor energieleveranciers en baseert zich hiervoor op de kenmerken van een dominante marktpositie zoals gehanteerd door de Europese Commissie die kunnen worden teruggevonden onder volgende link: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en.”

¹² Zie in dit verband ook de vraag die in dit verband werd gesteld door de CREG over de impact op een onderneming is die gelieerd is met een dominante marktspeeler (CREG, Voorstel (C)2769 15 maart 2024 - Voorstel van koninklijk besluit betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteit geproduceerd door installaties bedoeld in artikel 6/3 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, 10).

De gemachtigde stelde in dit verband voor om het volgende nieuwe lid in te voegen in artikel 47, § 1, van het ontwerp:

“De commissie bepaalt binnen drie maanden na de inwerkingtreding van dit besluit de criteria op grond waarvan een entiteit kwalificeert als een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België bedoeld onder de bepaling 6°, b).”

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG), is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.¹³

Een delegatie tot het nader afbakenen van het begrip “machtspositie” in de zin van het mededingingsrecht heeft geen louter detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte en kan dus niet worden aanvaard.

Daar komt nog bij dat, indien het de bedoeling is om aan het begrip eenzelfde invulling te geven als in artikel 102 van het VWEU, de delegatie overbodig is, vermits in elke lidstaat de criteria moeten worden toegepast zoals die ter zake uit de praktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeien. Het komt immers in de eerste plaats het Hof van Justitie toe om invulling te geven aan de draagwijdte van het (Europeesrechtelijke) begrip “machtspositie”.¹⁴ Het beoordelen van het bestaan van een

¹³ Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4 en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: “De artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies.”; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: “Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen.” Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

¹⁴ Weliswaar bepaalt artikel 23bis, eerste lid, van de Elektriciteitswet dat de CREG erop toeziet dat elk elektriciteitsbedrijf, dat elektriciteit levert aan in België gevestigde afnemers, zich onthoudt, afzonderlijk of in overleg met meerdere andere elektriciteitsbedrijven, van elk anti-competitief gedrag of oneerlijke handelspraktijken die een weerslag hebben of zouden kunnen hebben op een goed werkende elektriciteitsmarkt in België. Die regeling lijkt echter geen vrijgeleide te geven om zelf begrippen uit het mededingingsrecht af te bakenen. Zo wordt in artikel 23, § 2, tweede

machtspositie is dan ook veeleer een feitelijke toepassing van de criteria die uit het *acquis* van de Unie voortvloeien.¹⁵

Indien het toch de bedoeling zou zijn om een eigen begrip van “dominante positie” te hanteren, zonder daarmee een verwijzing te beogen naar de mededingingsrechtelijke “machtspositie” van een onderneming in de zin van artikel 102 van het VWEU, moeten de criteria in het te nemen koninklijk besluit zelf worden uiteengezet.

9.4. Artikel 47, § 1, 6°, b), van het ontwerp dient in het licht van het voorgaande te worden heroverwogen.

Artikelen 47, 51 en 52

10. Artikel 51, derde lid, van het ontwerp betreft de controle door de CREG van “het contract voor de aankoop van energie” (lees: “de stroomafnameovereenkomst”)¹⁶ in geval van vroegtijdige beëindiging van het contract. De CREG gaat daarbij na of “de werkelijke oorzaak van de beëindiging verschilt van de toelaatbare redenen van beëindiging volgens voorliggende onderafdeling, en/of te maken heeft met de wens van één partij om voordeel te halen uit veranderingen in de prijzen op de elektriciteitsmarkt ten koste van de stabiliteit die nodig is voor dit type contract”.

10.1. Uit het verslag aan de Koning blijkt dat met “de toelaatbare redenen van beëindiging volgens voorliggende onderafdeling” de twee in artikel 47, § 1, tweede lid, 4°, van het ontwerp vermelde hypothesen beoogd worden, met name “het failliet van de afnemer (dus om redenen onafhankelijk van de wil van de concessiehouder) of omwille van overmacht”.

De vraag rijst in dit verband of in artikel 51, derde lid, van het ontwerp daarnaast ook de hypothese van artikel 52 van het ontwerp wordt gevisieerd (met name “een wijziging van het toepasselijke wettelijke en regelgevende kader [die] tot gevolg heeft dat de uitvoering ervan onmogelijk of economisch niet haalbaar is”). Gelet op de manier waarop artikel 47, § 1, tweede lid, 4°, is geformuleerd (“onverminderd de mogelijkheid voor de concessiehouder om het te beëindigen overeenkomstig artikel 52, kunnen ze alleen voortijdig beëindigd worden in geval van faillissement of overmacht”) wordt het geval van artikel 52 (“fait du prince”) juist onderscheiden van de

lid, van de Elektriciteitswet bij de opsomming van de taken van de CREG meermaals de noodzaak tot de “inachtneming van de bevoegdheden van de Belgische mededingingsautoriteit” benadrukt.

¹⁵ Om uit te maken of een onderneming een machtspositie inneemt, moet eerst de markt waarop deze positie bestaat zowel inhoudelijk als territoriaal worden afgebakend. Indien een onderneming bijvoorbeeld een machtspositie inneemt op de markt voor de levering van elektriciteit, wil dat nog niet zeggen dat deze onderneming ook een machtspositie inneemt op de markt voor de levering van energie in het algemeen. Het bepalen van of verwijzen naar criteria in dit verband – ook al zou dit bijvoorbeeld in de tekst van het ontwerp zelf gebeuren – leidt niet tot voldoende duidelijkheid voor de betrokken ondernemingen over de vraag of zij in de relatie tot bepaalde ondernemingen bij de verkoop van opgewekte elektriciteit al dan niet gebonden zijn door het in het ontwerp bepaalde maximumvolume. Het al dan niet beschikken over een machtspositie op een bepaalde markt betreft bovendien een evolutief gegeven, in functie van de meest actuele economische gegevens.

¹⁶ De terminologie dient eenvormig te worden gemaakt in de tekst van artikel 51 van het ontwerp. Zie in dat verband ook de slotopmerking van dit advies.

begrippen “faillissement” en “overmacht”. Gevraagd of artikel 52 niettemin onder het begrip “overmacht” valt, stelde de gemachtigde:

“Dergelijk optreden van een wet- of regelgever kan mogelijks ook als een specifiek geval van overmacht worden beschouwd, waarbij het ruimer containerbegrip ‘overmacht’ in andere bepalingen dus ook andere gevallen zou kunnen omvatten.”

De gemachtigde deelde in dit verband mee dat artikel 51, derde lid, zal worden verduidelijkt, onder meer door het opnemen van een bijkomende verwijzing naar artikel 52. De vaststelling blijft dan echter dat deels overlappende begrippen gehanteerd worden, hetgeen afbreuk doet aan de rechtszekerheid. De hypothese van artikel 52 vormt immers, zo verduidelijkte de gemachtigde, slechts een van de mogelijke gevallen van overmacht. In dit verband rijst de vraag of de in die laatst vermelde bepaling vermelde vereiste voor het “afzien van” (lees: het verzaken aan) stroomafnameovereenkomsten inzake de naleving van de bepalingen van de stroomafnameovereenkomst ook geldt voor de andere situaties van overmacht. In voorkomend geval dient dit in de tekst van het ontwerp te worden verduidelijkt.

De artikelen 47, 51 en 52 dienen in het licht van het voorgaande aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen, in het bijzonder wat betreft de afbakening van het begrip “overmacht”.

10.2. De controle van de CREG is volgens de tekst van het ontwerp niet beperkt tot het nagaan of de werkelijke oorzaak van de beëindiging verschilt van de hoger besproken toelaatbare redenen van beëindiging. Er wordt melding gemaakt van een tweede aspect van de controle (“en/of”), met name het controleren of de oorzaak van de beëindiging “te maken heeft met de wens van één partij om voordeel te halen uit veranderingen in de prijzen op de elektriciteitsmarkt ten koste van de stabiliteit die nodig is voor dit type contract”. In dit verband rijst de interpretatievraag in welke mate het gaat om cumulatieve voorwaarden en op welke wijze de CREG op objectieve wijze de “wens” (en dus de intentie) van de concessiehouders bij het vroegtijdig beëindigen van stroomafnameovereenkomsten kan nagaan.

Het verslag aan de Koning stelt in dit verband het volgende:

“In beide gevallen van voortijdige beëindiging van een vaste prijs PPA moet de concessiehouder een aanmelding doen bij de CREG, die controleert of de voorwaarden om terug onder de bepalingen van artikel 44 - 46 (basismechanisme) te vallen vervuld zijn (bv. dat de afnemer failliet is en de beëindiging van de PPA niet te wijten is aan de concessiehouder zelf). Indien de CREG vaststelt dat de voorwaarden vervuld zijn, vallen de productievolumes terug onder de bepalingen van artikel 44 - 46 (basismechanisme) vanaf de eerste dag van de maand volgend op de datum van de aanmelding bij de CREG. Om te vermijden dat afnemers opportunistisch inspelen op veranderende marktomstandigheden en aldus de PPA met vaste prijs verbreken ingeval van dalende marktprijzen, wordt bepaald dat de PPA met vaste prijs enkel voortijdig kan beëindigd worden indien de afnemer failliet is, of in het geval van overmacht. Alvorens de concessiehouder terugvalt op de formule voor de berekening van de variabele premie zoals bedoeld in artikel 44 – 46 (basismechanisme), controleert de CREG de reden van de beëindiging van de PPA. Op basis van artikel 31 juncto artikel 6/3 § 12 kan de CREG een administratieve boete opleggen aan de afnemer indien blijkt dat deze werd beëindigd ten gevolge van opportunistisch inspelen op veranderende marktomstandigheden. De CREG kan hierbij rekening houden met andere omstandigheden zoals ernstige miskennen door één van de partijen van haar

contractuele verplichtingen. Voor wat betreft huishoudelijke afnemers en KMO's doet dit geen afbreuk aan hetgeen bepaald is in artikel 18 § 2/3 van de elektriciteitswet.”

Er lijken echter meerdere scenario's denkbaar. De eerste verplichting lijkt te rusten op de concessiehouder zelf. Die moet immers de redenen voor de beëindiging meedelen. Het is bijgevolg enkel die concessiehouder die “de aansprakelijke partij” kan zijn voor het vermelden van een reden die niet met de werkelijkheid overeenstemt. Daarbij rijst niettemin de vraag of die aansprakelijkheid ook ontstaat indien de concessiehouder zich te goeder trouw op overmacht of artikel 52 beroept, maar de CREG die kwalificatie uiteindelijk afwijst. Het tweede scenario betreft de beëindiging zelf uit opportunistische overwegingen. Die kan, afhankelijk van de evolutie van de prijzen, niet enkel door de afnemer gebeuren zoals geschetst in het verslag aan de Koning, maar ook door de concessiehouder. Ten slotte is het ook denkbaar dat beide scenario's zich tegelijkertijd voortdoen en de concessiehouder de eigen opportunistische keuze of die van de afnemer (in het bijzonder wanneer die een verbonden onderneming is) voorstelt onder het mom van een toelaatbare reden van beëindiging. Het verdient aanbeveling om die verschillende gevallen beter toe te lichten in het verslag aan de Koning, en te verduidelijken met welke objectieve elementen de CREG rekening kan houden bij het beoordelen of de voortijdige beëindiging onrechtmatig was.

10.3. Gelet op de specifieke rechtsgrond met afwijkende maximumbedragen voor het opleggen van een boete, moet in artikel 51, derde lid, van het ontwerp worden verwezen naar artikel 6/3, § 12, van de Elektriciteitswet (en niet naar artikel 31 van de Elektriciteitswet).

10.4. De mogelijkheid om een boete op te leggen lijkt te gelden voor elke vroegtijdige beëindiging, ongeacht of de stroomafnameovereenkomst werd gesloten overeenkomstig de voorwaarden van artikel 47, § 1, tweede lid, 5° of 6°, van het ontwerp. In dat verband moet echter worden opgemerkt dat de afnemers in het geval bedoeld in artikel 47, § 1, tweede lid, 6°, van het ontwerp, overeenkomstig punt c) van die bepaling ook verplicht zijn om bij het sluiten van de stroomafnameovereenkomst een “marktconforme financiële premie [...] ten voordele van de concessieverlenende overheid” te betalen die het risico moet afdekken dat die afnemer in de loop van de overeenkomst in gebreke zou blijven (in welk geval de stroom op de markt zal moeten worden aangeboden, en de overheid mogelijk extra steun zal moeten geven omdat die stroom op basis van artikel 50 van het ontwerp dan weer het voorwerp kan uitmaken van het steunmechanisme). De vraag is dan ook of er bij het bepalen van de sanctie rekening zal worden gehouden met het feit of de afnemer al dan niet reeds een risicopremie heeft betaald nu het risico zich voltrekt. De verhouding tussen de sanctie en de risicopremie moet bijgevolg nader worden verduidelijkt in het verslag aan de Koning.

Artikelen 53 tot 55

11. Hoofdstuk 2 van het ontwerp, dat de artikelen 40 tot 55 omvat, is slechts ingedeeld in één deel (“Deel 1. – Ondersteuningsmechanisme”). Zoals de gemachtigde bevestigde, dient voorafgaand aan artikel 53 van het ontwerp een nieuw opschrift te worden toegevoegd: “Deel 2. – Verplichtingen van de concessiehouder”.

Slotopmerking

12. Het ontwerp moet nog bijkomend worden nagekeken op taalkundig en wetgevingstechnisch vlak. Bij wijze van voorbeeld kan in dat verband worden gewezen op het volgende.

12.1. Overeenkomsten worden in het Nederlands “gesloten” en niet “afgesloten” en er kan ook niet van worden “afgezien”. Bovendien moet doorheen het ontwerp worden gewaakt over de consistente terminologie. Zo is er in artikel 51 van het ontwerp achtereenvolgens sprake van een “stroomafnameovereenkomst”, een “dergelijke overeenkomst” en een “contract voor de aankoop van energie”, en “dit type contract”, waarmee telkens dezelfde overeenkomst lijkt te worden bedoeld.

12.2. Er ontbreken een aantal verwijzingen¹⁷ in de artikelen 53, 54 en 57 van het ontwerp.

In artikel 53, § 1, 3°, van het ontwerp moet worden verwezen naar het in artikel 40 van het ontwerp bedoeld ondersteuningsmechanisme. In de artikelen 54, eerste lid, en 57, § 1, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 40, derde lid, van het ontwerp.

12.3. Met het oog op de overeenstemming tussen de taalversies, dient in artikel 60, § 2, eerste lid, van het ontwerp de zinsnede “gebeurt via” te worden vervangen door de woorden “geeft aanleiding tot een”.

*

¹⁷ Er staat nu soms vermeld: “Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.”

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 principalement pour objet de réglementer la procédure de mise en concurrence pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique.

Le projet soumis pour avis est une version adaptée d'un texte antérieur, sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a rendu le 11 janvier 2024 l'avis 75.107/16 ¹. Cet avis a examiné le projet à la lumière de la réglementation inscrite dans la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité).

Sauf en cas de modification du contexte juridique, le Conseil d'État ne donne en principe pas de nouvel avis sur des dispositions qui ont déjà été examinées précédemment ou qui ont été modifiées à la suite d'observations formulées dans des avis précédents ². Depuis l'avis précité, des modifications de la loi sur l'électricité ont cependant été adoptées par la loi (scindée) 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 11 juillet 2023 relative au transport d'hydrogène par canalisations' et la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'. Ces lois ont été adoptées en deuxième lecture le 22 avril 2024 par la commission parlementaire compétente ³ et adoptées le 25 avril 2024 par la Chambre des représentants ⁴. À la date du présent avis, ces lois n'ont pas encore été publiées au Moniteur belge.

Le contexte juridique dans lequel la réglementation en projet doit être appréciée ayant été modifié de manière significative depuis l'avis précité, le projet soumis actuellement pour avis est examiné afin de vérifier sa conformité avec la loi sur l'électricité telle qu'elle s'énoncera après l'entrée en vigueur des lois précitées.

¹ Avis C.E. 75.107/16 du 11 janvier 2024 sur un projet d'arrêté royal 'établissant la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique'.

² Légisprudence constante. Voir par exemple l'avis C.E. 70.817/3 du 3 février 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 21 mars 2022 'modifiant le Code pénal et relative à la compétence d'ester en justice, en ce qui concerne le droit pénal sexuel', observation 3.

³ Voir *Doc. parl.*, Chambre 2023-24, n^{os} 55-3937/005 et 55-3937/006.

⁴ Voir le compte rendu intégral de la séance plénière du 25 avril 2024 (soir) - version provisoire, *Doc. parl.* Chambre 2023-24, CRIV 55 PLEN 302, p. 10.

En outre, le projet contient, par rapport à la version précédemment examinée, un certain nombre de nouvelles dispositions qui ne peuvent pas être considérées comme de simples modifications apportées à la suite d'observations faites dans un avis précédent. En substance - hormis les modifications purement formelles - les dispositions suivantes du projet sont partiellement ou totalement nouvelles :

- une modification de la définition du « prix de référence de l'électricité » (article 1^{er}, § 2, 25°) ;
- une modification de certaines conditions auxquelles doit répondre la demande (article 7, 2°, 3°, et 12°) ;
- une modification de certains délais maximaux (articles 8, § 4 et 11, § 2) ;
- une modification des règles en matière de références (article 16, § 1^{er}) ;
- une modification des règles relatives à la phase de démantèlement (articles 39, § 3, et 53, § 1^{er}, 4°) ;
- une modification de certaines règles relatives à des mesures de soutien pour les concessionnaires (articles 40 à 52) ;
- une modification et une insertion de règles relatives aux provisions et garanties (articles 35, § 1^{er}, 21°, et 57) ;
- une insertion de règles relatives à la demande de modification d'une concession domaniale (article 60, §§ 1^{er} et 2) ;
- alors que précédemment, seul le ministre décidait de modifier une concession domaniale, ce pouvoir décisionnel revient à présent à l'autorité concédante ⁵ (articles 60, §§ 1^{er} et 2, et 63) ;
- un dispositif en vertu duquel une cession de concession domaniale ne peut avoir lieu que moyennant l'accord du ministre (article 65, alinéa 3).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'examen du fondement juridique a été réalisé en tenant compte des dispositions modificatives de la loi sur l'électricité, mentionnées au point 2, étant entendu qu'il a également été tenu compte de l'analyse du fondement juridique effectuée dans l'avis 75.107/16 déjà cité, dans la mesure où elle est encore pertinente à la lumière des dispositions procurant un fondement juridique partiellement modifiées. Le Conseil d'État, section de législation considère à cet égard que l'arrêté envisagé n'entrera pas en vigueur avant que la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 11 juillet 2023 relative au transport d'hydrogène par canalisations' et la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité' ne soient entrées en vigueur et que toutes ces normes aient été publiées au Moniteur belge.

⁵ Il s'agit du ministre qui a l'Energie dans ses attributions et du ministre qui a l'Environnement maritime et l'Aménagement des espaces marins dans ses attributions, agissant conjointement (voir la définition mentionnée à l'article 1^{er}, § 2, 3°, du projet).

3.1. À la date à laquelle le présent avis a été rendu, une incertitude subsiste encore, même après l'adoption des lois précitées, quant au fondement juridique de l'article 36 du projet ⁶. L'article 36, alinéas 2 et 5, du projet se réfère en effet – par dérogation aux lois coordonnées sur le Conseil d'État – au délai de quinze jours pour introduire une demande de suspension d'extrême urgence. Ce délai est prévu à l'article 6/3, § 3, dernier alinéa, en projet, de la loi sur l'électricité, inséré par un projet de loi qui a été scindé du projet de loi adopté conformément à la procédure monocratérale ⁷. Aux termes de la disposition en projet :

« À peine d'irrecevabilité, une demande en suspension relative à la décision d'attribution de la concession domaniale est introduite dans un délai de quinze jours à compter de la communication déterminée conformément à l'alinéa 2. La preuve de l'urgence n'est pas requise pour la demande de suspension précitée ».

À la date du présent avis, une incertitude subsiste encore quant à savoir si, conformément à l'article 78, § 2, alinéa 1^{er}, de la Constitution, le Sénat exercera son droit d'évocation en ce qui concerne le projet de loi contenant la disposition citée.

L'article 36 du projet ne peut pas être adopté avant que cette loi ait été adoptée selon la procédure parlementaire définie à l'article 78 de la Constitution.

3.2. En ce qui concerne le fondement juridique des nouvelles dispositions du projet, il faut constater que le nouvel article 51, alinéa 3, du projet trouve un fondement juridique dans le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution, combiné avec l'article 6/3, § 12, de la loi sur l'électricité.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Dans l'avis 75.617/16 du 20 mars 2024 sur un avant-projet devenu la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 11 juillet 2023 relative au transport d'hydrogène par canalisations' qui doit encore être promulguée, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit :

« 10. L'article 2, 1^o, de l'avant-projet vise à insérer dans l'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité une habilitation permettant au Roi de fixer un prix maximum pour la vente par le titulaire de la concession domaniale de l'électricité renouvelable produite. Le texte de la nouvelle habilitation prévue au 12^o ne mentionne pas de groupes cibles précis ('prix maximum pour le client final') et l'exposé des motifs fait lui aussi mention d' 'utilisateurs finaux' d'une manière générale.

⁶ Voir, concernant les problèmes de fondement juridique de cette disposition, l'avis 75.107/16 mentionné plus haut, observation 4.2.

⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, 3937/006.

Dans l'avis 75.107/16 du 11 janvier 2024, cité dans l'observation 2, la section de législation, en ce qui concerne les possibilités qu'offre le droit européen d'intervenir dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité, a notamment observé ce qui suit :

‘4.3.2. (...) Si le rapport au Roi contient bien une réplique aux observations de la CREG, ces explications perdent toutefois de vue le fait que l'article 5 de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 ‘concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE’ ne permet des interventions publiques dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité que pour des catégories spécifiques de personnes, à savoir les ‘clients résidentiels vulnérables et en situation de précarité énergétique’ et, encore uniquement à des conditions très strictes⁸, tandis que le champ d'application de l'article 42 du projet est beaucoup plus large et que le prix maximum s'applique à tous les clients de la production énergétique relevant du mécanisme de *carve-out*. Le régime à l'examen semble dès lors incompatible avec la disposition de la directive citée, ce qui peut en outre avoir des conséquences pour l'appréciation par la Commission européenne de la compatibilité du mécanisme de soutien en projet avec le marché intérieur. Dès lors, il ne pourra être prévu qu'un fondement juridique spécifique pour l'instauration d'un prix maximum dans la mesure où ce dernier n'est utilisé qu'à l'égard des groupes cibles visés à l'article 5 de la directive (UE) 2019/944 et aux conditions mentionnées dans cette disposition’.

Interrogé sur le point de savoir si l'intention est que le Roi mette en œuvre l'habilitation en projet en tenant compte des observations précédentes concernant les limitations relatives aux groupes cibles qui découlent du droit européen, le délégué a déclaré :

‘Het is de bedoeling dat de Koning de betreffende machtiging, zoals steeds, uitvoert overeenkomstig het Europees recht. In dat opzicht wordt momenteel getracht hieromtrent de beoogde regeling informeel af te toetsen met de Europese Commissie, onder meer in het licht van de interpretatie en de finaliteit van artikel 5 van richtlijn 2019/944. Artikel 5(6) van richtlijn (EU) 2019/944 voorziet naast “energiewarme of kwetsbare huishoudelijke afnemers” ook in de mogelijkheid om prijsstelling toe te passen voor de levering van elektriciteit aan huishoudelijke afnemers en aan micro-ondernemingen die niet profiteren van overheidsingrijpen en dit met het oog op een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen en om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen’.

À cet égard, il est à noter que l'article 5, paragraphe 6, de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 ‘concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE’ semble plutôt être un motif d'exception générale, qui doit en outre s'inscrire dans le cadre d'« une période transitoire permettant d'établir une concurrence effective » et qui doit également satisfaire à toutes les conditions énumérées à l'article 5, paragraphes 4 et 7, de la directive (UE) 2019/944. Le dispositif à l'examen, qui vise à mettre en place un *futur* mécanisme pour une *certaine* production d'énergie renouvelable, pour *toute la durée* des concessions, semble dès lors incompatible avec la disposition de la directive citée. Si les auteurs de

⁸ Note de bas de page 13 de l'avis cité : Note de bas de page 12 de l'avis cité : Voir à ce sujet également l'avis C.E. 67.627/3 du 23 juin 2020 sur un projet d'arrêté de la Ministre de l'Économie ‘modifiant l'arrêté ministériel du 1^{er} juin 2004 fixant les prix maximaux pour la fourniture d'électricité par les gestionnaires des réseaux de distribution aux clients finals dont le contrat de fourniture a été résilié par leur fournisseur et qui ne peuvent pas être considérés comme des clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire, au sens de l'article 20, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité’, observations 5.1 à 5.4.

l'avant-projet entendent tout de même adopter l'article 2, 1^o, de l'avant-projet, il est en tout état de cause recommandé de poursuivre la concertation informelle à ce sujet avec la Commission européenne et de préciser dans l'exposé des motifs comment les différentes conditions des dispositions précitées sont remplies. Par ailleurs, conformément à l'article 5, paragraphe 8, de la directive (UE) 2019/944, une obligation de notification spéciale pour les mesures prises en vertu de l'article 5, paragraphe 6, de cette directive s'applique, bien qu'elle n'empêche pas l'entrée en vigueur de ces mesures ⁹. »

La circonstance que le législateur a résolu un problème de fondement juridique en prévoyant une dérogation à l'article V.2 du Code de droit économique dans l'article 6/3, § 3, alinéa 1^{er}, 12^o, de la loi sur l'électricité et que le régime relatif aux relations contractuelles avec les clients finaux a été remanié fondamentalement par rapport à la version soumise pour avis précédemment, ne change rien au fait qu'au regard du droit européen, les problèmes relevés dans les avis précédents sont toujours présents dans le projet à l'examen (voir notamment les articles 47 et suivants du projet).

L'exposé des motifs relatif au projet de loi devenu la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 11 juillet 2023 relative au transport d'hydrogène par canalisations' ¹⁰, qui doit encore être promulguée, ne conduit pas à une autre conclusion. Le seul élément nouveau en substance, qui est relevé, concerne la référence à une proposition de la Commission européenne, qui n'a toutefois pas encore été adoptée par le Conseil et le Parlement européen ¹¹. Le rapport au Roi relatif au projet vise lui aussi cette réglementation future :

« Le projet de réforme de l'Electricity Market Design (EMD), sur lequel un accord provisoire a été conclu entre les colégislateurs en décembre 2023 et devrait être formellement adopté en juin 2024, mentionne à l'article 19.a.3 que 'si un système de garantie pour les PPAs est soutenu par l'État membre, il doit contenir des dispositions pour éviter de réduire la liquidité sur les marchés de l'électricité'. L'article 19.a.4 précise que 'les régimes de soutien pour l'électricité d'origine renouvelable doivent permettre la participation de projets qui réservent une partie de l'électricité pour la vente via un PPA renouvelable ou d'autres arrangements basés sur le marché, à condition que cela n'affecte pas négativement la concurrence sur le marché, notamment dans les cas où les deux parties impliquées dans ce PPA sont contrôlées par la même entité'. De plus, le considérant 29 fait référence aux PPAs financiers comme un moyen possible d'assurer qu'il n'y a pas de diminution de la liquidité sur le marché. [...] ».

⁹ *Note de bas de page 14 de l'avis cité* : Enfin, la mise en œuvre de cette mesure devra également faire l'objet d'un rapport à la Commission européenne, conformément à l'article 5, paragraphe 9, de la directive (UE) 2019/944.

¹⁰ *Doc. parl.* Chambre, 2023-24, 55-3937/001.

¹¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 'modifiant les règlements (UE) 2019/943 et (UE) 2019/942 ainsi que les directives (UE) 2018/2001 et (UE) 2019/944 afin d'améliorer l'organisation du marché de l'électricité de l'Union'. Cette proposition a été examinée ce mois-ci en première lecture par le Parlement européen, après des discussions informelles avec le Conseil et la Commission (voir https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8756_2024_INIT).

Le Conseil d'État, section de législation, ne peut pas encore vérifier la concordance avec des normes juridiques supérieures qui seront peut-être (« devraient ») adoptées dans un proche avenir et dont le contenu est encore incertain. Tant que le règlement n'a pas été adopté à l'échelon européen, les objections du point de vue du droit européen, formulées par la section de législation à l'encontre du dispositif en projet, ne peuvent dès lors pas être réfutées par une référence au projet de règlement précité.

Une nouvelle réserve est dès lors formulée à cet égard. Il incombe aux auteurs du projet d'apprécier s'ils souhaitent reporter l'élaboration du projet après l'élaboration éventuelle de ce règlement européen, ou s'ils alignent l'arrêté envisagé sur le cadre européen en vigueur.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Dans le préambule, il faut également faire mention de l'article 108 de la Constitution et de l'article 6/3, § 12, de la loi sur l'électricité. En outre, il faut indiquer que les articles 6/3, § 3, et 7 de la loi sur l'électricité ont été modifiés en dernier lieu par la loi adoptée le 25 avril 2024 (en mentionnant la date de promulgation de cette loi). En ce qui concerne l'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité, il faudra aussi tenir compte de la loi bicamérale optionnelle, mentionnée au point 3.1, car elle complète ce paragraphe par un alinéa supplémentaire.

6. Le préambule devra contenir, outre la référence à l'avis 75.107/16 de la section de législation, également une référence à l'avis 75.981/16.

Article 7

7. À l'avant-dernier alinéa de l'article 7, 2°, du projet, il faut remplacer dans le segment de phrase « au 1^{er} mars 2024 ou 6 mois avant la date limite de dépôt » le mot « ou » par le mot « et ».

Articles 7 et 53

8. L'article 7, 12°, du projet requiert « une proposition chiffrée d'une compagnie d'assurance ayant son siège en Belgique ou dans un autre pays de l'Espace économique européen pour la couverture du risque de responsabilité civile relatif à l'installation de production qui répond aux exigences visées à l'article 58 ». L'article 53, § 1^{er}, 21°, du projet fait également référence à cette condition.

Cette disposition excluant certains assureurs potentiellement intéressés (par exemple un assureur établi au Royaume-Uni), la question se pose de savoir s'il ne faut pas au moins tenir compte des conventions internationales qui lient l'Union européenne.

Invité à prendre position à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Akkoord om ook rekening te houden met internationale overeenkomsten waardoor de EU is gebonden in het kader van de toelating van mogelijke verzekeraars. In dat opzicht zou artikel 7, 12° kunnen worden aangepast als volgt:

‘12° een becijferd voorstel van een verzekeringsmaatschappij met maatschappelijke zetel in België of in een ander land van de Europese Economische Ruimte, of in een ander land voor zover internationale overeenkomsten waardoor België gebonden is vereisen dat inschrijvers uit die landen aan de concurrerende inschrijvingsprocedure kunnen deelnemen, voor de risicodekking op het vlak van de burgerlijke aansprakelijkheid met betrekking tot de productie-installatie die voldoet aan de eisen bedoeld in artikel 58.’

In het licht van de omvang van het beoogde project, zowel op het financiële vlak als op het vlak van infrastructuur die op publiek domein zal worden gebouwd, en het belang van de haalbaarheid en waarschijnlijkheid van realisatie, lijkt het gepast om het verzekeraar karakter van ieder concrete inschrijving te toetsen aan de hand van een verklaring vanwege een kandidaat verzekeraar ».

On peut se rallier à cette adaptation proposée. Il faudra adapter également l'article 53, § 1^{er}, 21°, du projet en conséquence.

Article 47

9. L'article 47, § 1^{er}, du projet fixe les conditions auxquelles une partie de l'électricité produite est commercialisée par le biais d'accords d'achat d'énergie. Si de tels accords d'achat d'énergie sont conclus moins de six mois après la conclusion de la concession domaniale, l'une des conditions prévoit que seule la moitié du volume visé à l'article 47, § 2, alinéa 1^{er}, est « contracté[e] par l'entremise d'un fournisseur ou un intermédiaire disposant d'une position dominante sur le marché belge de fourniture de l'électricité » (article 47, § 1^{er}, 6°, b), du projet).

L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE) interdit le recours abusif par une ou plusieurs entreprises à une position dominante (en néerlandais : « een machtspositie ») sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Une entreprise peut être mise dans une telle position lorsqu'elle se voit accorder des droits spéciaux ou exclusifs lui permettant de déterminer si et, le cas échéant, sous quelles conditions d'autres entreprises peuvent accéder au marché en cause et y exercer leurs activités.

Le délégué a donné l'explication suivante à propos du dispositif envisagé relatif à la limitation des possibilités de contracter avec des fournisseurs ou des intermédiaires disposant d'une position dominante sur le marché belge de fourniture de l'électricité :

« Om een minimum aan extra liquiditeit op de DA-markt te behouden, is optie voor PPA's met een vaste prijs (het optioneel mechanisme) beperkt tot maximaal 75% van de AAP. Dit zal de PPA-markt met vaste prijzen in België openen en verbreden, waardoor meer eindgebruikers dergelijke contracten kunnen afsluiten en toegang krijgen tot stabiele prijzen. Uit de besprekingen met Europese Commissie in het kader van de Europese staatssteunregels kwam voort de PPAs op twee manieren kunnen worden afgesloten. Voor de onderhandse PPAs die worden afgesloten binnen de 6 maanden na het gunnen van de domeinconcessie zijn twee belangrijke elementen (onder andere) dat zij een duur van

20 jaar moeten hebben en dat zij niet worden afgesloten na een competitief proces. Om aldus verder de liquiditeit op de markt te behouden kwam voort uit de besprekingen dat er niet meer dan 25% van het geproduceerde volume het voorwerp kan uitmaken van een stroomafnameovereenkomst met een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België. Dit ongeacht de eventuele verbondenheid tussen de concessiehouder en deze 'dominante speler. Bij PPAs afgesloten na een competitief proces geldt deze beperking niet. (...) ».

9.1. Si l'intention est de viser les entreprises disposant d'une position dominante au sens de l'article 102 du TFUE, il faudra remplacer dans le texte néerlandais du projet les mots « dominante positie » par le mot « machtspositie ».

9.2. Il ressort de l'explication du délégué, citée ci-dessus, que le lien éventuel entre le concessionnaire et l'entreprise disposant d'une position dominante n'a pas d'incidence sur les limitations en termes de volume d'électricité commercialisée par le biais d'accords d'achat d'énergie¹². Les limitations imposées s'appliqueraient donc aussi aux entreprises liées (telles que les filiales ou les entreprises mères). Dans un souci de sécurité juridique, il faut préciser dans le texte du projet que les limitations imposées valent également pour les entreprises liées.

9.3. En outre, la question se pose de savoir comment il sera précisé concrètement quelle entreprise ou quelles entreprises dispose(nt) d'une position dominante sur le marché belge de fourniture de l'électricité. Le rapport au Roi mentionne ce qui suit sur ce point :

« Dans les trois mois suivant l'entrée en vigueur de cet arrêté royal, la commission déterminera la définition de la position dominante sur le marché belge des fournisseurs d'énergie et se base à cet égard sur les caractéristiques d'une position dominante sur le marché telles qu'elles sont utilisées par la Commission européenne et peuvent être retrouvées sous le lien suivant : https://competitionpolicy.ec.europa.eu/antitrust-andcartels/procedures/article-102-investigations_en ».

Le délégué a proposé à ce propos d'insérer le nouvel alinéa suivant à l'article 47, § 1^{er}, du projet :

« Dans les trois mois suivant l'entrée en vigueur de cet arrêté, la commission déterminera les critères sur la base desquels une entité peut être qualifiée de fournisseur ou d'intermédiaire disposant d'une position dominante sur le marché belge de fourniture de l'électricité, au sens du 6°, b) ».

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public, comme la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : la CREG), n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la

¹² Voir à ce propos également la question posée par la CREG concernant l'incidence sur une entreprise liée avec un acteur dominant sur le marché (CREG, Proposition (C)2769 15 mars 2024 - Proposition d'arrêté royal relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables pour l'électricité produite par les installations visées à l'article 6/3 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, 10).

mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique¹³.

Une délégation permettant de délimiter plus précisément la notion de « position dominante » au sens du droit de la concurrence n'a pas de portée secondaire ou principalement technique et ne peut donc pas être admise.

En outre, si l'intention est de donner à la notion un contenu identique à celui donné par l'article 102 du TFUE, la délégation est superflue, puisque chaque État membre est tenu d'appliquer les critères tels qu'ils découlent en la matière de la pratique de la Commission européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, il appartient en premier lieu à la Cour de justice de définir la portée de la notion (de droit européen) « position dominante »¹⁴. L'appréciation de l'existence d'une position dominante est dès lors plutôt une application de fait des critères découlant de *l'acquis* de l'Union¹⁵.

Si l'intention est tout de même de recourir à une notion de « position dominante » propre, sans viser une référence à la « position dominante » d'une entreprise, issue du droit de la concurrence et visée à l'article 102 du TFUE, il faudra préciser les critères dans l'arrêté royal envisagé proprement dit.

¹³ Comparer avec les critères d'évaluation qu'utilise la Cour constitutionnelle pour apprécier les délégations de pouvoir réglementaire par le législateur à une autorité administrative autonome ou à un organisme public décentralisé ; voir C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4, et C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 : « Les articles 33, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes » ; voir C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.8.4 : « L'article 33 de la Constitution et l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 [de réformes institutionnelles] ne s'opposent pas à ce que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel ». Voir aussi C.C., 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2 : « Une délégation à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».

¹⁴ S'il est vrai que l'article 23bis, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité dispose que la CREG veille à ce que chaque entreprise d'électricité, qui fournit de l'électricité aux clients domiciliés en Belgique s'abstienne, séparément ou en concertation avec plusieurs autres entreprises d'électricité, de tout comportement anticoncurrentiel ou de pratiques commerciales déloyales ayant un effet ou susceptibles d'avoir un effet sur un marché de l'électricité performant en Belgique, ce dispositif ne paraît toutefois pas permettre à la CREG de délimiter elle-même des notions du droit de la concurrence. Ainsi, l'article 23, § 2, alinéa 2, de la loi sur l'électricité relève à plusieurs reprises, dans l'énumération des missions de la CREG, la nécessité d'un « respect des compétences respectives de l'Autorité belge de la concurrence ».

¹⁵ Pour déterminer si une entreprise occupe une position dominante, il faut tout d'abord délimiter le marché sur lequel prévaut cette position, tant sur le fond que du point de vue territorial. Si une entreprise occupe par exemple une position dominante sur le marché de fourniture de l'électricité, cela ne signifie pas d'emblée que cette entreprise occupe aussi une position dominante sur le marché de fourniture de l'énergie en général. La définition de critères ou la référence à ceux-ci – même si celle-ci figure par exemple dans le texte du projet lui-même – ne permet pas de clarifier suffisamment pour les entreprises concernées le point de savoir si elles sont ou non liées par le volume maximal fixé par le projet dans la relation à certaines entreprises pour la vente de l'électricité produite. En outre, la question de savoir si une entreprise détient ou non une position dominante sur un marché déterminé est un fait évolutif, qui est fonction des données économiques les plus récentes.

9.4. Il convient de reconsidérer l'article 47, § 1^{er}, 6°, b), du projet à la lumière des observations qui précèdent.

Articles 47, 51 et 52

10. L'article 51, alinéa 3, du projet concerne le contrôle par la CREG du « contrat d'achat d'énergie » (lire : « de l'accord d'achat d'énergie »)¹⁶ en cas de résiliation anticipée de l'accord. La CREG vérifie à cet égard si « la cause réelle de la résiliation s'écarte des motifs de résiliation admissibles selon la présente sous-section et/ou est liée à la volonté d'une partie de tirer avantage de l'évolution des prix du marché de l'électricité au détriment de la stabilité requise pour ce type de contrat ».

10.1. Il ressort du rapport au Roi que par les « motifs de résiliation admissibles selon la présente sous-section », on entend les deux hypothèses mentionnées à l'article 47, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, du projet, à savoir la « faillite du client (c'est-à-dire pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire) ou en cas de force majeure ».

La question se pose à ce propos de savoir si l'article 51, alinéa 3, du projet vise en outre aussi l'hypothèse mentionnée à l'article 52 du projet (à savoir « une modification du cadre légal et réglementaire applicable [qui] a pour effet de rendre impossible ou non économiquement viable leur exécution »). Compte tenu de la manière dont l'article 47, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, a été formulé (« sans préjudice de la possibilité pour le concessionnaire d'y mettre fin conformément à l'article 52, il ne peut y être mis un terme anticipativement qu'en cas de faillite d'une partie ou de force majeure »), le cas de l'article 52 (« fait du prince ») se distingue précisément des notions de « faillite » et de « force majeure ». À la question de savoir si l'article 52 relève néanmoins de la notion de « force majeure », le délégué a affirmé :

« Dergelijk optreden van een wet- of regelgever kan mogelijks ook als een specifiek geval van overmacht worden beschouwd, waarbij het ruimer containerbegrip 'overmacht' in andere bepalingen dus ook andere gevallen zou kunnen omvatten ».

Le délégué a déclaré à ce propos que l'article 51, alinéa 3, sera précisé, notamment par l'insertion d'une référence supplémentaire à l'article 52. Il n'en demeure pas moins que des notions se recoupant partiellement sont employées, ce qui compromet la sécurité juridique. En effet, selon les propos du délégué, l'hypothèse contenue à l'article 52 ne constitue qu'un des cas possibles de force majeure. À ce propos, la question se pose de savoir si l'exigence mentionnée dans la disposition mentionnée en dernier pour renoncer aux accords d'achat d'énergie en ce qui concerne le respect des dispositions de l'accord d'achat d'énergie, s'applique aussi aux autres situations de force majeure. Il faudra, le cas échéant, préciser ce point dans le texte du projet.

Les articles 47, 51 et 52 devront être réexaminés au regard des observations précédentes, en particulier en ce qui concerne la délimitation de la notion de « force majeure ».

¹⁶ La terminologie doit être uniformisée dans le texte de l'article 51 du projet. Voir à ce propos aussi l'observation finale du présent avis.

10.2. Selon le texte du projet, le contrôle de la CREG ne se limite pas à vérifier si la cause réelle de la résiliation s'écarte des motifs de résiliation admissibles, évoqués plus haut. Il est fait état d'un deuxième aspect du contrôle (« et/ou »), qui consiste à contrôler si la cause de résiliation « est liée à la volonté d'une partie de tirer avantage de l'évolution des prix du marché de l'électricité au détriment de la stabilité requise pour ce type de contrat ». Dans ce contexte, on peut se demander comment interpréter le point de savoir dans quelle mesure il s'agit de conditions cumulatives et de quelle manière la CREG peut vérifier objectivement la « volonté » (et partant l'intention) des concessionnaires en cas de résiliation anticipée des accords d'achat d'électricité.

Le rapport au Roi expose, à ce propos, ce qui suit :

« Dans les deux cas de résiliation anticipée d'un PPA à prix fixe, le concessionnaire doit soumettre une notification à la CREG, qui vérifie si les conditions pour revenir dans le cadre des dispositions de l'article 44 - 46 (mécanisme de base) sont remplies (par exemple, que le client est en faillite et que la résiliation du PPA n'est pas imputable au concessionnaire lui-même). Si la CREG constate que les conditions sont remplies, les volumes de production sont de nouveau soumis aux dispositions de l'article 44 - 46 (mécanisme de base) à partir du premier jour du mois suivant la date de notification à la CREG. Afin d'éviter que les utilisateurs finaux ne réagissent de manière opportuniste à l'évolution des conditions du marché et ne rompent ainsi le PPA à prix fixe en cas de baisse des prix du marché, il est prévu que le PPA à prix fixe ne peut être résilié de manière anticipée que si le client est faillite ou en cas de force majeure. Avant que le concessionnaire ne recoure à la formule de calcul de la prime variable visée à l'article 44 - 46 (mécanisme de base), la CREG vérifie le motif de la résiliation du contrat d'achat d'électricité. Sur base de l'article 31 juncto l'article 6/3 § 12, la CREG peut imposer une amende administrative s'il apparaît que la résiliation a été faite en raison de l'exploitation opportuniste des conditions de marché changeantes. La CREG peut prendre en compte d'autres circonstances telles que la méconnaissance grave par l'une des parties de ses obligations contractuelles. En ce qui concerne les clients résidentiels et PME, cela n'affecte pas ce qui est stipulé à l'article 18 §2/3 de la loi sur l'électricité ».

Plusieurs scénarios semblent toutefois envisageables. La première obligation paraît incomber au concessionnaire lui-même. En effet, celui-ci doit communiquer les motifs de la résiliation. Par conséquent, c'est uniquement ce concessionnaire qui peut être « la partie responsable » pour avoir mentionné un motif qui ne correspond pas à la réalité. La question se pose néanmoins à cet égard de savoir si cette responsabilité est aussi engagée si le concessionnaire invoque de bonne foi la force majeure ou l'article 52, mais la CREG rejette finalement cette qualification. Le deuxième scénario concerne la résiliation elle-même pour des considérations d'opportunité. Selon l'évolution des prix, elle peut être le fait non seulement du client, ainsi qu'il est évoqué dans le rapport au Roi, mais aussi du concessionnaire. Enfin, il peut aussi être envisagé que les deux scénarios se produisent en même temps et que le concessionnaire propose son propre choix d'opportunité ou celui du client (en particulier lorsque celui-ci est une entreprise liée) sous le couvert d'un motif de résiliation admissible. Il est recommandé de mieux expliquer ces différents cas dans le rapport au Roi et de préciser de quels éléments objectifs la CREG peut tenir compte pour apprécier si la résiliation anticipée était abusive.

10.3. Vu le fondement juridique spécifique prévoyant des montants maximaux dérogatoires pour l'imposition d'une amende, l'article 51, alinéa 3, du projet visera l'article 6/3, § 12, de la loi sur l'électricité (et non l'article 31 de cette même loi).

10.4. Il semble que la possibilité d'infliger une amende s'applique pour toute résiliation anticipée, peu importe que l'accord d'achat d'énergie ait ou non été conclu conformément aux conditions prévues à l'article 47, § 1^{er}, alinéa 2, 5° et 6°, du projet. À ce sujet, il faut cependant observer que dans le cas visé à l'article 47, § 1^{er}, alinéa 2, 6°, du projet, les clients sont également tenus, conformément au point c) de cette disposition, de payer, à la conclusion de l'accord d'achat d'énergie, une « prime financière conforme au marché au profit de l'autorité concédante » qui doit couvrir le risque de défaillance de l'acheteur pendant la durée de l'accord (auquel cas l'électricité devra être mise sur le marché et l'autorité devra, éventuellement, fournir une aide supplémentaire parce que cette électricité peut alors faire l'objet du mécanisme de soutien sur la base de l'article 50 du projet). Reste à savoir dès lors si, pour fixer la sanction, il sera tenu compte du fait que le client a déjà payé ou non une prime de risque dès lors que le risque se matérialise. La relation entre la sanction et la prime de risque devra dès lors être précisée davantage dans le rapport au Roi.

Articles 53 à 55

11. Le chapitre 2 du projet, qui contient les articles 44 à 55, ne comporte qu'une seule section (« Section 1^{ère}. - Régime de soutien »). Comme l'a confirmé le délégué, il y a lieu d'ajouter avant l'article 53 du projet un nouvel intitulé : « Section 2. - Obligations du concessionnaire ».

Observation finale

12. Le projet doit encore faire l'objet d'un examen complémentaire du point de vue de la correction de la langue et de la technique législative. À cet égard, on peut relever à titre d'exemple ce qui suit.

12.1. En néerlandais, les accords sont « gesloten » et non pas « afgesloten » et on ne peut pas non plus « ervan afzien ». Par ailleurs, il conviendra de veiller à la cohérence de la terminologie dans l'ensemble du projet. Ainsi, il est question successivement à l'article 51 du projet d'« accord d'achat d'énergie », de « tel accord » et de « contrat d'achat d'énergie », et de « ce type de contrat », ces mots visant vraisemblablement chaque fois le même accord.

12.2. Un certain nombre de références ¹⁷ font défaut aux articles 53, 54 et 57 du projet.

À l'article 53, § 1^{er}, 3°, du projet, il faut viser le régime de soutien mentionné à l'article 40 du projet. Les articles 54, alinéa 1^{er}, et 57, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet doivent faire référence à l'article 40, alinéa 3, du projet.

¹⁷ Il est parfois indiqué : « Fout! Verwijzingsbron niet gevonden ».

12.3. Afin d'assurer la concordance entre les versions linguistiques, on remplacera dans le texte néerlandais de l'article 60, § 2, alinéa 1^{er}, du projet le segment de phrase « gebeurt via » par les mots « geeft aanleiding tot een ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Pierre LEFRANC