



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 76.218/16
van 26 april 2024

avis 76.218/16
du 26 avril 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot wijziging van het koninklijk
besluit van 9 april 2024 houdende
de voorwaarden en modaliteiten
betreffende de deelname door de
houders van onrechtstreekse
buitenlandse capaciteit aan de
preveilingprocedure en aan de
prekwalificatieprocedure
georganiseerd in het kader van het
capaciteitsvergoedingsmechanisme’

un projet d’arrêté royal
‘modifiant l’arrêté royal du
9 avril 2024 relatif portant les
conditions et modalités de
participation par les détenteurs de
capacité étrangère indirecte à la
procédure de pré-enchère et à la
procédure de préqualification
organisées dans le cadre du
mécanisme de rémunération de
capacité’

Op 22 april 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 april 2024 houdende de voorwaarden en modaliteiten betreffende de deelname door de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de preveilingprocedure en aan de prekwalificatieprocedure georganiseerd in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 25 april 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wvd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, 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 26 april 2024.

*

Le 22 avril 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 cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 9 avril 2024 relatif portant les conditions et modalités de participation par les détenteurs de capacité étrangère indirecte à la procédure de pré-enchère et à la procédure de préqualification organisées dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 25 avril 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, 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 26 avril 2024.

*

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

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling in de adviesaanvraag gemotiveerd door de omstandigheid dat:

“1. de beoogde wijzigingen waren reeds aanwezig in het ontwerpbesluit dat aan de Raad van State is voorgelegd in het kader van het advies 75.423/16 van 21 februari 2024;

2. de motivatie met betrekking tot de opportuniteit van de voorgenomen bepalingen zoals vermeld in randnummer 4.3 van voornoemd advies van de Raad van State van 21 februari 2024, blijft onverkort gelden;

3. gelet op dat in navolging van randnummer 4.4 van voornoemd advies van de Raad van State van 21 februari 2024, deze bepalingen werden weggelaten uit het koninklijk besluit van 9 april 2024 houdende de voorwaarden en modaliteiten betreffende de deelname door de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de preveilingprocedure en aan de prekwalificatieprocedure georganiseerd in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en dat deze bepalingen werden ondergebracht in een afzonderlijk besluit;

4. gelet op dat, in navolging van randnummer 4.4 van voornoemde advies van de Raad van State van 21 februari 2024, deze bepalingen slechts op ontvankelijke wijze voor advies aan de Raad van State voorgelegd kunnen worden van zodra het in betreffende wetsontwerp door de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen;

5. gelet op dat het betreffende wetsontwerp op 18 april 2024 door de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen en dat aldus niet eerder een adviesaanvraag ingediend kon worden;

6. gelet op dat het noodzakelijk is teneinde het risico op gaming te vermijden, zoals toegelicht in het kader van voornoemde advies van de Raad van State van 21 februari 2024, dat deze bepalingen inwerkingtreden voor 15 mei 2024. Dit betreft namelijk de uiterlijke datum voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit, wiens toelatingsdossier door de netbeheerder is aanvaard, om een bieding in te dienen in het kader van een preveiling. In het licht van rechtszekerheid voor de betreffende houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit is het aangewezen dat zij voldoende op voorhand de rechtsgevolgen van deze beslissing kunnen inschatten;

7. Na het advies van uw Raad dient bovendien nog een termijn te worden voorzien om de gemaakte opmerkingen te kunnen verwerken. Vervolgens dient tot publicatie over te worden gegaan. Uit deze kalender blijkt dat het in de praktijk niet meer mogelijk is om voor voorliggend ontwerp besluit een adviestermin van dertig dagen in acht te nemen.”

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

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 april 2024 ‘houdende de voorwaarden en modaliteiten betreffende de deelname door de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de preveilingprocedure en aan de prekwalificatieprocedure georganiseerd in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp bestaat uit slechts een hoofdstuk.¹

De artikelen 1 en 2 van het ontwerp brengen in de Franse tekst van het koninklijk besluit van 9 april 2024 respectievelijk wijzigingen aan in het opschrift, waar in de Franse tekst het woord “portant” wordt weggelaten,² en in artikel 1 van dat koninklijk besluit, waar het woord “sélectionné” wordt vervangen door het woord “choisi”.

De artikelen 3 tot 5 van het ontwerp brengen in het koninklijk besluit van 9 april 2024 wijzigingen aan die verband houden met het recht op deelname aan de preveiling en de gevolgen van de selectie in de preveiling. Artikel 6 van het ontwerp stelt in dit verband een afwijkende regeling vast voor de preveiling die in het jaar 2024 wordt georganiseerd.

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 7 van het ontwerp).

RECHTSGROND

4.1. Artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet) machtigt de Koning tot het bepalen van “de voorwaarden en modaliteiten waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de preveilingprocedure, en indien hun bod in de preveiling wordt geselecteerd, de voorwaarden waaronder deze houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit moeten deelnemen aan de prekwalificatieprocedure”. Die in de aanhef vermelde bepaling biedt, onder voorbehoud van wat in opmerking 4.2 wordt uiteengezet, rechtsgrond voor het volledige ontwerp.³

¹ Het indelen van het ontwerp in slechts één hoofdstuk is zinledig. Het opschrift “Hoofdstuk I. Algemene bepalingen” dient dus ofwel te worden weggelaten, ofwel zal nog een nieuw hoofdstuk II met overgangs- en slotbepalingen moeten worden ingevoegd, wat mede gelet op wat in de opmerkingen 4.2 en 8.3.1 wordt uiteengezet nuttig kan zijn.

² Het volstaat echter niet om het woord “portant” weg te laten om het grammaticaprobleem op te lossen. Veeleer moeten de woorden “portant les” worden vervangen door het woord “aux”.

³ Er zal voorts over moeten worden gewaakt dat wordt voldaan aan de bij artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet opgelegde vereiste dat de voorwaarden en nadere regels, waaronder de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen, uiterlijk voor het eerste leveringsjaar worden vastgesteld. Uit de uitleg van de gemachtigde bleek eerder al dat die periode start op 1 november 2025 (zie voetnoot 4 van advies 75.423/16 van 21 februari 2024 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 9 april 2024 ‘houdende de voorwaarden en modaliteiten betreffende de deelname door de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de preveilingprocedure en aan de prekwalificatieprocedure georganiseerd in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme’).

Het ontwerp vindt geen bijkomende rechtsgrond in de eveneens in de aanhef vermelde algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 7undecies, §§ 12 en 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet. Die bepalingen bieden weliswaar deels rechtsgrond voor het koninklijk besluit van 9 april 2024, maar niet voor de in het ontwerp opgenomen wijzigingsbepalingen.

Artikel 7undecies, § 8, vijfde lid, 2°, van de Elektriciteitswet, dat eveneens in de aanhef wordt vermeld, biedt evenmin rechtsgrond voor het ontwerp. Die bepaling biedt immers enkel deels rechtsgrond voor de (niet in het voorliggende ontwerp opgenomen) regeling betreffende de akkoorden tussen reguleringsinstanties.⁴

4.2. In de motivering van de spoedeisendheid in de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar een “wetsontwerp [dat] op 18 april 2024 door de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen”. Zoals de gemachtigde bevestigde, betreft het de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’. Deze wet werd op 5 april 2024 aangenomen in de bevoegde parlementaire commissie⁵ en op 18 april 2024 aangenomen in de plenaire vergadering van de Kamer.⁶

In advies 75.423/16 van 21 februari 2024 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 9 april 2024 wees de Raad van State op een strijdigheid van dat ontwerp met het vigerende artikel 7undecies, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet:

“4.3. Gevraagd of de regeling in de artikelen 5, § 1, 4°, en 7, § 2, van het ontwerp, die onder bepaalde voorwaarden houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit verplichten tot het deelnemen aan een veiling, dus vooralsnog strijdig is met artikel 7undecies, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet, antwoordde de gemachtigde:

‘Artikel 5, §1, 4° en artikel 7, §2 van het ontwerp besluit beogen niet om capaciteitshouders (binnenlands of buitenlands) te dwingen actief deel te nemen aan de veiling.

Houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zijn niet verplicht om zich te prekwalficeren en kunnen dus kiezen om een bod of geen bod in te dienen in de preveiling.

Binnenlandse capaciteitshouders die voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria zijn daarentegen wettelijk verplicht om zich te prekwalficeren overeenkomstig artikel 7undecies, §8, tweede lid van de Elektriciteitswet en kunnen deze keuze dus pas later in het proces maken, namelijk bij de keuze om een bod in te dienen of niet.

Kortom, alle capaciteiten hebben uiteindelijk slechts één keer de keuze om al dan niet een bod uit te brengen.

Bovendien dient ook opgemerkt te worden dat de CREG als volgt heeft geadviseerd in haar advies (A) 2681 van 26 oktober 2023 (§ 23):

⁴ Zie advies 75.423/16 van 21 februari 2024, opmerking 5.

⁵ Parl.St. Kamer 2023-24, nr. 55-3884/004, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/3884/55K3884004.pdf>.

⁶ Parl.St. Kamer 2023-24, nr. 55-3884/005.

'[...]

En outre, la CREG estime que cette condition d'admission, telle qu'elle est formulée, ne limite pas suffisamment les risques de gaming. A minima, un détenteur de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère devrait être tenu, s'il désire remettre une offre dans le cadre de la mise aux enchères, de remettre une offre identique à celle qui a été sélectionnée lors de la pré-enchère. Afin d'éviter tout risque de gaming, la CREG suggère même d'introduire une obligation pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère de remettre une offre (identique) lors de l'enchère.

'[...]

Bovenstaande geeft duiding bij de noodzaak om te voorzien in dergelijke verplichte indiening van een bieding.

Tot slot dient ook opgemerkt te worden dat uit artikel 26, lid 2 en lid 13, van Verordening 2019/943 dat de deelname van buitenlandse capaciteiten aan het CRM van een andere lidstaat in beginsel moet plaatsvinden volgens dezelfde procedures als die welke van toepassing zijn op capaciteiten die op het grondgebied van die staat zijn gevestigd. Gelet op dat binnenlandse capaciteit slechts op één moment de keuze hebben al dan niet een bod in te dienen, rekening houdend met dat zij onderworpen zijn aan een prekwalificatieverplichting lijkt het aangewezen, mede in het licht van het vermijden van gaming, dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit ook slechts op één moment de keuze kunnen maken om een bod in te dienen.'

Dat antwoord biedt verduidelijking over de opportuniteit van de voorgenomen regeling, maar weerlegt niet dat ze strijdig is met het bestaande artikel 7undecies, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet. Die wettelijke bepaling laat een geprekwalificeerde capaciteitshouder immers toe om geen bieding in te dienen in het kader van de veiling.⁷ De mogelijkheid om daarvan af te wijken voor de geprekwalificeerde houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kan evenmin worden afgeleid uit het door de gemachtigde vermelde artikel 26, leden 2 en 13, van verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 'betreffende de interne markt voor elektriciteit'.⁸ Die bepalingen waarborgen slechts de mogelijkheid voor buitenlandse capaciteit om op doeltreffende en niet-discriminerende wijze deel te nemen aan concurrerende procedures."

⁷ Voetnoot 2 van het aangehaalde advies: In de door de gemachtigde aangehaalde overweging van het advies van de CREG van 26 oktober 2023 werd overigens ook, net als in het reeds aangehaalde advies van 21 december 2023, door de CREG gewezen op dit probleem.

⁸ Voetnoot 3 van het aangehaalde advies: Die bepalingen, betreffende de grensoverschrijdende deelname aan capaciteitsmechanismen, luiden als volgt:

"2. De lidstaten waarborgen dat buitenlandse capaciteit die in staat is technische prestaties te leveren die gelijkwaardig zijn aan binnenlandse capaciteit, de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan dezelfde concurrerende procedure als binnenlandse capaciteit. In het geval van capaciteitsmechanismen die worden gebruikt vanaf 4 juli 2019, kunnen de lidstaten rechtstreekse deelname van interconnectoren als buitenlandse capaciteit toestaan in dezelfde concurrerende procedure, voor ten hoogste vier jaar na 4 juli 2019 of twee jaar na de datum van goedkeuring van de in lid 11 bedoelde methodologieën, naargelang wat zich het eerst voordoet.

De lidstaten kunnen voorschrijven dat de capaciteit zich bevindt in een lidstaat met een rechtstreekse netaansluiting met de lidstaat die het mechanisme toepast. (...)

13. De regulerende instanties waarborgen dat de grensoverschrijdende deelname aan capaciteitsmechanismen op doeltreffende en niet-discriminerende wijze wordt georganiseerd. Zij stellen met name adequate administratieve regelingen vast voor het afdwingen van niet-beschikbaarheidsbetalingen over grenzen heen."

Artikel 7undecies, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet zal ingevolge artikel 8, 10°, c), van die recente wijzigingswet echter als volgt luiden:

“Met uitzondering van houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit voor wie tijdens de preveiling ten minste één bod is geselecteerd, kan een geprekwalificeerde capaciteitshouder beslissen om geen bieding in te dienen in het kader van de veiling, op voorwaarde dat hij de netbeheerder er uiterlijk op 30 september van het betreffende kalenderjaar van op de hoogte brengt. De netbeheerder houdt rekening met deze niet-aangeboden capaciteit voor de veiling, overeenkomstig de werkingsregels bedoeld in paragraaf 12.”

Artikel 7undecies, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet mag dan geen rechtsgrond bieden voor het voorliggende ontwerp, het is wel noodzakelijk dat de datum van inwerkingtreding van het voorliggend ontwerp de datum van inwerkingtreding van artikel 8, 10°, c), van de recente wijzigingswet niet voorafgaat. In geval van een vroegere inwerkingtreding zou het ontwerp immers, zoals toegelicht in het hoger aangehaald advies 75.423/16 van 21 februari 2024, strijdig zijn met het bestaande artikel 7undecies, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet.

Aangezien de inwerkingtreding van de op 18 april 2024 aangenomen wet is vastgesteld op 31 mei 2024 (artikel 11, eerste lid, van die wet) en de voorliggende regeling vóór 15 mei 2024 uitwerking moet hebben, zullen de stellers van het ontwerp gebruik moeten maken van de machtiging aan de Koning die is opgenomen in artikel 11, tweede lid, van de op 18 april 2024 aangenomen wet om een vroegere datum van inwerkingtreding te voorzien voor, minstens, artikel 8, 10°, c), de van de voornoemde wet. Daartoe dient een nieuw artikel te worden ingevoegd in het ontwerp, waarvoor rechtsgrond kan worden gevonden in die machtiging.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In het licht van opmerking 4.1 moeten in de aanhef de verwijzingen naar artikel 108 van de Grondwet, artikel 7undecies, § 8, vijfde lid, 2°, artikel 7undecies, § 12, en artikel 7undecies, § 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet worden weggelaten.

Daarnaast moet, rekening houdend met wat hoger is opgemerkt in opmerking 4.2, een bijkomende verwijzing worden ingevoegd naar artikel 11, tweede lid, van de op 18 april 2024 aangenomen wet (uiteraard met vermelding van de datum van afkondiging).

6. In de aanhef moet worden verwezen naar de regelgevingsimpactanalyse van 4 april 2024 in de plaats van naar de eerdere analyse van 22 november 2023.

Artikel 3

7. Uit het toekomstige wettelijke kader, zoals gewijzigd door de voormelde op 18 april 2024 aangenomen wet, vloeit voort dat er voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit eerst een *preveiling* is, waaraan door hen *kan* worden deelgenomen, er daarop een *prekwalificatieprocedure* met *verplichte deelname* volgt⁹ en er tot slot een *verplichting* is voor geprekwalificeerde capaciteitshouders om deel te nemen aan de uiteindelijke *veiling*.¹⁰

Het ontworpen artikel 5, § 1, eerste lid, 4° (lees: artikel 5, § 1, 4°)¹¹, van het koninklijk besluit van 9 april 2024, zoals ingevoegd bij artikel 3 van het ontwerp, bepaalt dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zich ertoe moeten verbinden “een prekwalificatiedossier in te dienen dat een gelijk volume behelst in het kader van de betreffende veiling indien zijn bieding geselecteerd wordt in het kader van de preveiling”.

Deze ontworpen bepaling is ongelukkig geformuleerd en bovendien onvoldoende afgestemd op het wettelijke kader.

Als uitgangspunt geldt dat een capaciteitshouder wiens dossier voldoet aan bepaalde ontvankelijkheidscriteria en eveneens voldoet aan de bepaalde prekwalificatiecriteria, kan deelnemen aan de veiling (artikel 7*undecies*, § 10, tweede lid, van de Elektriciteitswet). Houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit waarvan tijdens de preveiling ten minste één bod is geselecteerd moeten een bieding indienen in het kader van de veiling (toekomstig gewijzigd artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet).

Onder voorbehoud van wat wordt overwogen in opmerking 8.3.2, zou bijgevolg duidelijker moeten worden bepaald dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit waarvan *minstens* één bieding tijdens de preveiling wordt geselecteerd *en die voldoen aan de prekwalificatiecriteria* bij de veiling, een bieding moeten indienen met *hetzelfde volume als het geselecteerde bod* bij de preveiling.

Artikel 6

8. De artikelen 6 en 7 van het koninklijk besluit van 9 april 2024 luiden als volgt:

“Art. 6. Uiterlijk op 12 april dient de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zijn toelatingsdossier met het oog op deelname aan een preveiling in bij de netbeheerder.

⁹ Zie in dit verband ook *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3238/001, 12-13: “Verder wordt ook beoogd te voorzien dat iedere houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens bod geselecteerd is in de preveiling, verplicht is om een prekwalificatiedossier in te dienen net zoals iedere houder van productiecapaciteit of van een energieopslagfaciliteit gelokaliseerd in de Belgische regelzone die voldoet aan de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 1° en 2°, van de Elektriciteitswet. Deze wijziging komt tegemoet aan opmerking 10.8.2 van het voornoemde advies van de Raad van State met nummer 69.013/3.”

¹⁰ Zolang artikel 8, 10°, c), van de recente wijzigingswet niet in werking is getreden, geldt een vrijheid voor geprekwalificeerde capaciteitshouders om al dan niet deel te nemen aan de uiteindelijke veiling.

¹¹ Wat moet worden gecorrigeerd in de inleidende zin van artikel 3.

De netbeheerder controleert het toelatingsdossier in samenwerking met de betrokken aangrenzende transmissienetbeheerder.

Uiterlijk 4 werkdagen na 15 mei stelt de netbeheerder de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit in kennis van het resultaat van zijn controle van de toelatingsvoorwaarden.

Art. 7. § 1. Elke houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens toelatingsdossier door de netbeheerder is aanvaard, is gerechtigd om één of meer biedingen in te dienen in het kader van een preveiling.

De biding(en) worden uiterlijk op 25 mei ingediend. Elke biding bevat ten minste een prijs en een volume.

De netbeheerder informeert uiterlijk op 12 juni ieder houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit die minstens één biding heeft ingediend in het kader van de preveiling over het feit of de biding(en) al dan niet werd(en) geselecteerd.

(...)”

Zoals de gemachtigde bevestigde, zijn voor de preveiling die wordt georganiseerd in het jaar 2024 alle toelatingsdossiers reeds ingediend. In het aangehaalde artikel 6, eerste lid, van het koninklijk besluit van 9 april 2024 is immers bepaald dat de uiterste datum voor indiening 12 april 2024 is.

Artikel 6 van het ontwerp bepaalt dat, in afwijking van artikel 6, eerste lid, van het koninklijk besluit van 9 april 2024, de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit tegen uiterlijk 15 mei 2024 de elementen van het toelatingsdossier indient met betrekking tot artikel 5, § 1, 4°, van hetzelfde besluit, zoals ingevoegd door artikel 1 (lees: artikel 3¹²), met betrekking tot de preveiling die in 2024 georganiseerd wordt. Het gaat in het bijzonder om de verbintenis van de houder van onrechtstreekse capaciteit om een prekwalificatiedossier met hetzelfde volume in te dienen indien minstens één bod werd aanvaard in de preveiling met het oog op de deelname aan de veiling.¹³

Die overgangsregeling roept een aantal vragen op.

8.1. Een eerste probleempunt betreft de vaststelling dat door middel van artikel 6 van het ontwerp wordt ingegrepen op toelatingsvoorwaarden die betrekking hebben op *reeds ingediende aanvragen* met het oog op de deelname aan de preveiling. Alle ingediende aanvragen zullen als gevolg van artikel 6 van het ontwerp nog moeten worden vervolledigd.

Gevraagd of de ontworpen regeling – hoewel deze slechts uitwerking zal hebben op de dag van de bekendmaking van het ontwerp¹⁴ – in het licht hiervan toch kan geacht worden retroactieve uitwerking te hebben, stelde de gemachtigde:

¹² Dat moet worden gecorrigeerd, onder voorbehoud van de aanbeveling in opmerking 8.3.1.

¹³ Over de omvang van die verbintenis, zie ook opmerking 7.

¹⁴ Zie artikel 7 van het ontwerp.

“De bepaling kan ons inziens niet geacht worden retroactieve werking te hebben. In het licht van de beoogde wijziging vervat in art. 4 van het ontwerp KB wordt een nieuwe vereiste voor het toelatingsdossier ingevoegd. (ontworpen art. 5, §1, eerste lid, 4° KB 9 april 2024)

Gelet op de nieuwe vereiste van het toelatingsdossier wordt een nieuwe periode geopend om deze elementen aan te reiken in het kader van de prekwalificatie voor de preveiling die reeds is afgelopen. (art. 6 ontwerp KB)

Bovendien dient opgemerkt te worden dat elke houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens toelatingsdossier is aanvaard kan kiezen om al dan niet één of meer biedingen in te dienen in de preveiling tot uiterlijk 25 mei. (art. 7, §1 van het KB van 9 april 2024). Het al dan niet indienen van een bieding in de preveiling is in se de enige keuze waarmee de houder van onrechtstreekse capaciteit zichzelf bindt.”

In dit verband moet er ook mee rekening worden gehouden dat de nieuwe voorwaarde in essentie beperkt is tot een bevestiging van een uitgangspunt van het nieuwe wettelijke en reglementaire kader¹⁵ (met name dat, voor wie ervoor opteert deel te nemen aan de preveiling en van wie het bod geselecteerd wordt, een verplichting geldt tot deelname aan de veiling).¹⁶ Aldus kunnen de bepalingen geacht worden geen verkregen situaties aan te tasten, in de mate deze tijdig aan de betrokken partijen meegedeeld zijn (zie opmerking 8.2).

8.2. Een tweede probleempunt betreft het risico dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit pas zeer laat (mogelijk slechts enkele dagen voor de – op de datum waarop het advies zal verleend worden reeds zeer nabije – uiterste datum van 15 mei 2024) zullen geïnformeerd worden over de nieuwe regels. Deelnemers aan het rechtsverkeer dienen echter over voldoende tijd te beschikken om kennis te nemen van nieuwe bepalingen. Bovendien zullen de aanvragers na de kennisname van de nieuwe regeling nog de nodige stappen moeten zetten om aan de bedoelde voorwaarde te voldoen, hetgeen voor vennootschappen ook lijkt in te houden dat de beoogde verbintenis wordt aangegaan door personen die of het orgaan dat daartoe over de nodige bevoegdheden beschikt.

Om verdere toelichting verzocht, stelde de gemachtigde:

“De in artikel 6 van het koninklijk besluit van 9 april 2024 vermelde datum van 15 mei is bedoeld om voldoende tijd te laten voor de organisatie van de pre-veiling. De geselecteerde capaciteiten volgen dan een procedure die vergelijkbaar is met die voor de Belgische capaciteiten, d.w.z. dat ze een hele reeks aanvullende informatie moeten indienen. Uitstel van de datum van 15 mei zou een impact hebben op dit proces en is dus niet mogelijk.

¹⁵ Zie onder meer het onder opmerking 3.2 aangehaalde artikel 7*undecies*, § 10, derde lid, van de Elektriciteitswet en het ontworpen artikel 7, § 2, van het koninklijk besluit van 9 april 2024.

¹⁶ De voorliggende situatie moet dus worden onderscheiden van de situatie waarin, bijvoorbeeld, bestaande voorwaarden over welke entiteiten kunnen deelnemen (cf. de entiteiten opgesomd in artikel 5, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 9 april 2024), na de indiening van de aanvragen alsnog zouden worden verstrengd.

De marktspelers zijn al op de hoogte gebracht van de geplande maatregel. Elia zal, in samenwerking met de andere netbeheerders, de marktspelers op de hoogte blijven houden.

Bovendien kan opgemerkt te worden dat de bijkomende vereiste geen zwaarwichtige verplichting inhoudt daar louter bevestigd moet worden dat de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zich er onvoorwaardelijk toe verbindt om een prekwalificatiedossier in te dienen dat een gelijk volume behelst in het kader van de betreffend veiling indien zijn bieding geselecteerd wordt in het kader van de preveiling.

Tot slot dient opgemerkt te worden dat art. 6, derde lid van het KB van 9 april 2024 stelt dat de netbeheerder uiterlijk 4 dagen na 15 mei de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit in kennis van het resultaat van zijn controle van de toelatingsvoorwaarden. Er dient ook een termijn gelaten worden voor de netbeheerder om over te gaan tot de controle van alle toelatingsdossiers die zijn ingediend.”

De stellers van het ontwerp zullen er in elk geval over moeten waken dat het te nemen besluit (net zoals de op 18 april 2024 aangenomen wet)¹⁷ zo spoedig mogelijk en in elk geval voor 15 mei 2024 wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

8.3. Meer fundamenteel kan echter de noodzaak in vraag worden gesteld van het vereiste zelf van een verbintenis waarin de betrokken houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit uitdrukkelijk instemmen met een verplichting die al voortvloeit uit het (dwingende) publiekrechtelijke kader. De “verbintenis” bedoeld in het ontworpen artikel 5, § 1, 4°, van het koninklijk besluit van 9 april 2024 is immers louter een bevestiging van een uitgangspunt van het in de opmerkingen 4.2 en 7 geschetste nieuwe wettelijke en reglementaire kader¹⁸ en er is afdoende rechtsgrond voor de Koning om op grond van artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de Elektriciteitswet “voorwaarden en modaliteiten” op te leggen. Het lijkt dan ook niet strikt nodig om op zeer korte (en mogelijk te korte) termijn nog een verbintenis van alle aanvragers te vragen, waarbij het risico bestaat dat bepaalde aanvragers zullen geweerd moeten worden louter omdat ze niet tijdig de nodige “elementen van het toelatingsdossier” (lees: stavingstukken) met betrekking tot die verbintenis hebben ingediend.

8.3.1. In dit verband wordt ter overweging gegeven om artikel 6 van het ontwerp te herschrijven in de zin dat louter bepaald wordt dat, voor de preveiling die in 2024 georganiseerd wordt, houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit, waarvan minstens één bieding tijdens de preveiling wordt geselecteerd en die voldoen aan de prekwalificatiecriteria bij de veiling, een bieding moeten indienen met hetzelfde volume als bij de preveiling.

Ook rekening houdend met artikel 7, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 9 april 2024 (waaruit de mogelijkheid blijkt voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit om geen bieding in te dienen voor de preveiling) rijst geen bezwaar tegen een dergelijke

¹⁷ Zie opmerking 3.2.

¹⁸ Zie in dit verband ook opmerking 19 van het advies A(2789) van de CREG van 11 april 2024 bij het ontwerp, waarin opmerking 23 van het advies A(2681) van de CREG van 26 oktober 2023 wordt hernomen (“(...) La CREG constate d’abord que cette obligation découle déjà de la loi électricité et se pose dès lors la question de la pertinence de reprendre la règle (sous la forme d’un engagement) dans le projet d’arrêté royal. (...)”).

regeling, althans indien het te nemen besluit zo spoedig mogelijk wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

8.3.2. Gelet op het feit dat er dus geen dwingende noodzaak lijkt te bestaan om een verbintenis te vragen in 2024, staat het aan de stellers van het ontwerp om te onderzoeken of er dan nog nood is om voor de toekomst wel nog te blijven voorzien in die verbintenis.¹⁹ In voorkomend geval kan dan ook artikel 3 van het ontwerp worden weggelaten.

*

¹⁹ Zoals de CREG overigens suggereerde in het in de vorige voetnoot vermelde advies : “Afin d’éviter tout risque de gaming, la CREG suggère même d’introduire une obligation pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l’offre a été sélectionnée à l’issue de la pré-enchère de remettre une offre (identique) lors de l’enchère.”

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

En l'occurrence, l'urgence est motivée dans la demande d'avis par la circonstance que :

« 1. de beoogde wijzigingen waren reeds aanwezig in het ontwerpbesluit dat aan de Raad van State is voorgelegd in het kader van het advies 75.423/16 van 21 februari 2024;

2. de motivatie met betrekking tot de opportuniteit van de voorgenomen bepalingen zoals vermeld in randnummer 4.3 van voornoemd advies van de Raad van State van 21 februari 2024, blijft onverkort gelden;

3. gelet op dat in navolging van randnummer 4.4 van voornoemd advies van de Raad van State van 21 februari 2024, deze bepalingen werden weggelaten uit het koninklijk besluit van 9 april 2024 houdende de voorwaarden en modaliteiten betreffende de deelname door de houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan de preveilingprocedure en aan de prekwalificatieprocedure georganiseerd in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en dat deze bepalingen werden ondergebracht in een afzonderlijk besluit;

4. gelet op dat, in navolging van randnummer 4.4 van voornoemde advies van de Raad van State van 21 februari 2024, deze bepalingen slechts op ontvankelijke wijze voor advies aan de Raad van State voorgelegd kunnen worden van zodra het in betreffende wetsontwerp door de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen;

5. gelet op dat het betreffende wetsontwerp op 18 april 2024 door de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen en dat aldus niet eerder een adviesaanvraag ingediend kon worden;

6. gelet op dat het noodzakelijk is teneinde het risico op gaming te vermijden, zoals toegelicht in het kader van voornoemde advies van de Raad van State van 21 februari 2024, dat deze bepalingen inwerkingtreden voor 15 mei 2024. Dit betreft namelijk de uiterlijke datum voor houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit, wiens toelatingsdossier door de netbeheerder is aanvaard, om een bieding in te dienen in het kader van een preveiling. In het licht van rechtszekerheid voor de betreffende houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit is het aangewezen dat zij voldoende op voorhand de rechtsgevolgen van deze beslissing kunnen inschatten;

7. Na het advies van uw Raad dient bovendien nog een termijn te worden voorzien om de gemaakte opmerkingen te kunnen verwerken. Vervolgens dient tot publicatie over te worden gegaan. Uit deze kalender blijkt dat het in de praktijk niet meer mogelijk is om voor voorliggend ontwerp besluit een adviestermin van dertig dagen in acht te nemen ».

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

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de modifier l'arrêté royal du 9 avril 2024 'relatif portant les conditions et modalités de participation par les détenteurs de capacité étrangère indirecte à la procédure de pré-enchère et à la procédure de préqualification organisées dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'.

Le projet ne comporte qu'un seul chapitre ¹.

Les articles 1^{er} et 2 du projet apportent des modifications au texte français de l'arrêté royal du 9 avril 2024, respectivement à l'intitulé, où le mot « portant » est omis ², et à l'article 1^{er} de cet arrêté royal, où le mot « sélectionné » est remplacé par le mot « choisi ».

Les articles 3 à 5 du projet apportent à l'arrêté royal du 9 avril 2024 des modifications liées au droit de participation à la pré-enchère et aux conséquences de la sélection dans le cadre de la pré-enchère. À cet égard, l'article 6 du projet établit un régime dérogatoire pour la pré-enchère organisée en 2024.

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge (article 7 du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. L'article 7*undecies*, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) habilite le Roi à déterminer « les conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer à la procédure de pré-enchère et, en cas de sélection de leur offre lors de cette pré-enchère, les conditions auxquelles ces détenteurs sont tenus de participer à la procédure de préqualification ». Cette disposition, mentionnée dans le préambule, procure un fondement juridique à l'ensemble du projet ³, sous réserve des observations formulées au point 4.2.

Le projet ne trouve pas de fondement juridique complémentaire dans le pouvoir général d'exécution, également mentionné dans le préambule, que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution, combiné avec l'article 7*undecies*, §§ 12 et 15, alinéa 2, de la loi sur l'électricité. Ces

¹ Diviser le projet en un seul chapitre n'a pas de sens. Soit l'intitulé « Chapitre I^{er}. Dispositions générales » doit donc être omis, soit un nouveau chapitre II contenant des dispositions transitoires et finales devra encore être inséré, ce qui peut être utile, compte tenu notamment des observations formulées aux points 4.2 et 8.3.1.

² Il ne suffit toutefois pas d'omettre le mot « portant » pour résoudre le problème de grammaire. Il convient plutôt de remplacer les mots « portant les » par le mot « aux ».

³ Il faudra par ailleurs veiller à ce que soit remplie l'exigence imposée par l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi sur l'électricité, selon laquelle les conditions et modalités, en vertu desquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer, sont fixées préalablement à la première année de fourniture de capacité. Il est déjà ressorti des précisions apportées par le délégué que cette période débute le 1^{er} novembre 2025 (voir la note de bas de page 4 de l'avis 75.423/16 du 21 février 2024 sur un projet devenu l'arrêté royal du 9 avril 2024 'relatif portant les conditions et modalités de participation par les détenteurs de capacité étrangère indirecte à la procédure de pré-enchère et à la procédure de préqualification organisées dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité').

dispositions procurent certes partiellement un fondement juridique à l'arrêté royal du 9 avril 2024, mais pas aux dispositions modificatives contenues dans le projet.

L'article 7*undecies*, § 8, alinéa 5, 2°, de la loi sur l'électricité, qui est également mentionné dans le préambule, ne procure pas non plus de fondement juridique au projet. En effet, cette disposition ne procure que partiellement un fondement juridique au régime relatif aux accords entre autorités de régulation ⁴ (qui n'est pas inscrit dans le projet à l'examen).

4.2. La motivation de l'urgence figurant dans le préambule du projet fait référence à un « projet de loi [...] adopté par la Chambre des représentants en séance plénière le 18 avril 2024 ». Comme le délégué l'a confirmé, il s'agit de la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'. Cette loi a été adoptée le 5 avril 2024 par la commission parlementaire compétente ⁵ et le 18 avril 2024 en séance plénière de la Chambre ⁶.

Dans l'avis 75.423/16 du 21 février 2024 sur un projet devenu l'arrêté royal du 9 avril 2024, le Conseil d'État a relevé une incompatibilité de ce projet avec l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 3, en vigueur, de la loi sur l'électricité :

« 4.3. À la question de savoir si le régime prévu aux articles 5, § 1^{er}, 4°, et 7, § 2, du projet, qui contraignent, sous certaines conditions, les détenteurs de capacité étrangère indirecte à participer à une enchère, est donc pour l'heure contraire à l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité, le délégué a répondu comme suit :

‘Artikel 5, §1, 4° en artikel 7, §2 van het ontwerp besluit beogen niet om capaciteitshouders (binnenlands of buitenlands) te dwingen actief deel te nemen aan de veiling.

Houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zijn niet verplicht om zich te prekwalficeren en kunnen dus kiezen om een bod of geen bod in te dienen in de preveiling.

Binnenlandse capaciteitshouders die voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria zijn daarentegen wettelijk verplicht om zich te prekwalficeren overeenkomstig artikel 7*undecies*, §8, tweede lid van de Elektriciteitswet en kunnen deze keuze dus pas later in het proces maken, namelijk bij de keuze om een bod in te dienen of niet.

Kortom, alle capaciteiten hebben uiteindelijk slechts één keer de keuze om al dan niet een bod uit te brengen.

Bovendien dient ook opgemerkt te worden dat de CREG als volgt heeft geadviseerd in haar advies (A) 2681 van 26 oktober 2023 (§ 23):

⁴ Voir l'avis 75.423/16 du 21 février 2024, observation 5.

⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 5-3884/004, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/3884/55K3884004.pdf>.

⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 2023-2024, n° 55-3884/005.

‘[...]

En outre, la CREG estime que cette condition d'admission, telle qu'elle est formulée, ne limite pas suffisamment les risques de gaming. A minima, un détenteur de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère devrait être tenu, s'il désire remettre une offre dans le cadre de la mise aux enchères, de remettre une offre identique à celle qui a été sélectionnée lors de la pré-enchère. Afin d'éviter tout risque de gaming, la CREG suggère même d'introduire une obligation pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère de remettre une offre (identique) lors de l'enchère.

[...]

Bovenstaande geeft duiding bij de noodzaak om te voorzien in dergelijke verplichte indiening van een bieding.

Tot slot dient ook opgemerkt te worden dat uit artikel 26, lid 2 en lid 13, van Verordening 2019/943 dat de deelname van buitenlandse capaciteiten aan het CRM van een andere lidstaat in beginsel moet plaatsvinden volgens dezelfde procedures als die welke van toepassing zijn op capaciteiten die op het grondgebied van die staat zijn gevestigd. Gelet op dat binnenlandse capaciteit slechts op één moment de keuze hebben al dan niet een bod in te dienen, rekening houdend met dat zij onderworpen zijn aan een prekwalificatieverplichting lijkt het aangewezen, mede in het licht van het vermijden van gaming, dat houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit ook slechts op één moment de keuze kunnen maken om een bod in te dienen’.

Cette réponse apporte des précisions quant à l'opportunité du régime envisagé, mais ne réfute pas le fait qu'il est contraire à l'article 7^{undecies}, § 10, alinéa 3, existant, de la loi sur l'électricité. En effet, cette disposition légale permet à un détenteur de capacité préqualifié de ne pas soumettre d'offre dans le cadre de l'enchère⁷. La possibilité d'y déroger, prévue pour les détenteurs préqualifiés de capacité étrangère indirecte, ne peut pas non plus se déduire de l'article 26, paragraphes 2 et 13, du règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'sur le marché intérieur de l'électricité', précité par le délégué⁸. Ces dispositions garantissent seulement la possibilité pour les capacités étrangères de participer d'une manière efficace et non discriminatoire à des processus de mise en concurrence ».

⁷ Note de bas de page 2 de l'avis cité : Dans le considérant de l'avis de la CREG du 26 octobre 2023, cité par le délégué, la CREG relève d'ailleurs également ce problème, tout comme dans l'avis du 21 décembre 2023 déjà cité.

⁸ Note de bas de page 3 de l'avis cité : Ces dispositions, relatives à la participation transfrontalière aux mécanismes de capacité, s'énoncent comme suit :

« 2. Les États membres veillent à ce que les capacités étrangères en mesure de garantir des performances techniques égales à celles des capacités nationales aient la possibilité de participer au même processus de mise en concurrence que les capacités nationales. Dans le cas de mécanismes de capacité existants au 4 juillet 2019, les États membres peuvent autoriser les interconnexions à participer directement au même processus de mise en concurrence en tant que capacités étrangères pendant quatre ans au maximum à compter du 4 juillet 2019 ou deux ans après la date d'approbation des méthodes visées au paragraphe 11, la date la plus proche étant retenue.

Les États membres peuvent exiger que les capacités étrangères soient situées dans un État membre qui dispose d'un raccordement direct au réseau de l'État membre appliquant le mécanisme. (...)

13. Les autorités de régulation veillent à ce que la participation transfrontalière aux mécanismes de capacité soit organisée d'une manière efficace et non discriminatoire. Elles mettent notamment en place des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières ».

Consécutivement à l'article 8, 10°, c) de cette loi modificative récente, l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité s'énoncera cependant comme suit :

« À l'exception des détenteurs de capacité étrangère indirecte pour lesquels au moins une offre a été sélectionnée lors de la pré-enchère, un détenteur de capacité préqualifié peut décider de ne pas remettre offre lors de la mise aux enchères, à condition de le notifier au gestionnaire du réseau au plus tard le 30 septembre de l'année civile concernée. Le gestionnaire du réseau tient compte de cette capacité non offerte pour la mise aux enchères, conformément aux règles de fonctionnement visées au paragraphe 12 ».

Bien que l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité ne procure pas de fondement juridique au projet à l'examen, il est toutefois impératif que la date d'entrée en vigueur de ce dernier ne précède pas la date d'entrée en vigueur de l'article 8, 10°, c) de la récente loi modificative. En effet, en cas d'entrée en vigueur antérieure, le projet, ainsi qu'il a été exposé dans l'avis 75.423/16 du 21 février 2024 précité, serait contraire à l'article 7undecies, § 10, alinéa 3, existant, de la loi sur l'électricité.

Dès lors que l'entrée en vigueur de la loi adoptée le 18 avril 2024 est fixée au 31 mai 2024 (article 11, alinéa 1^{er}, de cette loi) et que la réglementation à l'examen doit produire ses effets avant le 15 mai 2024, les auteurs du projet devront recourir à l'habilitation au Roi inscrite à l'article 11, alinéa 2, de la loi adoptée le 18 avril 2024 pour prévoir une date d'entrée en vigueur antérieure pour, au moins, l'article 8, 10°, c), de la loi précitée. À cet effet, un nouvel article devra être inséré dans le projet, pour lequel un fondement juridique peut être trouvé dans cette habilitation.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Compte tenu de l'observation formulée au point 4.1, on omettra dans le préambule les références à l'article 108 de la Constitution, à l'article 7undecies, § 8, alinéa 5, 2°, à l'article 7undecies, § 12, et à l'article 7undecies, § 15, alinéa 2, de la loi sur l'électricité.

En outre, compte tenu des observations formulées ci-dessus au point 4.2, on insérera une référence supplémentaire à l'article 11, alinéa 2, de la loi adoptée le 18 avril 2024 (en mentionnant bien entendu la date de promulgation).

6. Le préambule doit faire référence à l'analyse d'impact de la réglementation du 4 avril 2024 au lieu de l'analyse antérieure du 22 novembre 2023.

Article 3

7. Il découle du futur cadre légal, modifié par la loi adoptée le 18 avril 2024 précitée, que pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte, il y a d'abord une *pré-enchère*, à laquelle ils *peuvent* participer, qui est suivie d'une *procédure de préqualification avec participation obligatoire*⁹ et, enfin, une *obligation* pour les détenteurs de capacité préqualifiés de participer à la *mise aux enchères finale*¹⁰.

L'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o (lire : l'article 5, § 1^{er}, 4^o)¹¹, en projet, de l'arrêté royal du 9 avril 2024, inséré par l'article 3 du projet, dispose que les détenteurs de capacité étrangère indirecte doivent s'engager « à introduire un dossier de préqualification pour un volume équivalent dans le cadre de la mise aux enchères concernée au cas où [leur] offre est sélectionnée à l'issue de la pré-enchère ».

La formulation de cette disposition en projet n'est pas heureuse et, en outre, elle n'est pas suffisamment alignée sur le cadre légal.

Le principe applicable est qu'un détenteur de capacité dont le dossier répond à certains critères de recevabilité ainsi qu'à certains critères de préqualification, a le droit de participer à l'enchère (article 7*undecies*, § 10, alinéa 2, de la loi sur l'électricité). Les détenteurs de capacité étrangère indirecte pour lesquels au moins une offre a été sélectionnée lors de la pré-enchère, doivent soumettre une offre dans le cadre de l'enchère (futur article 7*undecies*, § 10, alinéa 3, modifié, de la loi sur l'électricité).

Par conséquent, sous réserve de ce qui est envisagé dans l'observation formulée au point 8.3.2, il faudrait préciser plus clairement que les détenteurs de capacité étrangère indirecte pour lesquels *au moins* une offre a été sélectionnée lors de la pré-enchère *et qui répondent aux critères de préqualification* dans le cadre de la mise aux enchères, doivent soumettre une offre *ayant le même volume que l'offre sélectionnée* lors de la pré-enchère.

Article 6

8. Les articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 9 avril 2024 s'énoncent comme suit :

« Art. 6. Le détenteur de capacité étrangère indirecte introduit son dossier d'admission auprès du gestionnaire du réseau au plus tard le 12 avril en vue de sa participation à la pré-enchère.

⁹ Voir à cet égard également, *Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, n° 3238/001, pp. 12-13 : « En outre, il est également prévu que tout détenteur de capacité étrangère indirecte dont l'offre est retenue lors de la pré-enchère est tenu de déposer un dossier de préqualification au même titre que tout détenteur de capacité de production ou d'une installation de stockage d'énergie située dans la zone de contrôle belge qui répond aux critères d'éligibilité visés à l'article 7*undecies*, § 8, premier alinéa, 1^o et 2^o, de la loi Électricité. Cette modification répond au commentaire 10.8.2. de l'avis précité du Conseil d'État portant le numéro 69.013/3 ».

¹⁰ Tant que l'article 8, 10^o, c), de la récente loi modificative n'est pas entré en vigueur, les détenteurs de capacité préqualifiés sont libres de participer ou non à la mise aux enchères finale.

¹¹ Ce qui doit être corrigé dans la phrase liminaire de l'article 3.

Le gestionnaire du réseau contrôle le dossier d'admission en coopération avec le gestionnaire du réseau de transport limitrophe concerné.

Le gestionnaire du réseau notifie le résultat de son contrôle des conditions d'admission au détenteur de capacité étrangère indirecte au plus tard 4 jours ouvrables après le 15 mai.

Art. 7. § 1^{er}. Tout détenteur de capacité étrangère indirecte dont le dossier d'admission a été accepté par le gestionnaire du réseau est autorisé à introduire une ou plusieurs offres dans le cadre de la pré-enchère.

L'offre ou les offres sont introduites au plus tard le 25 mai. Chaque offre contient au moins un prix et un volume.

Au plus tard le 12 juin, le gestionnaire du réseau informe chaque détenteur de capacité étrangère indirecte ayant soumis au moins une offre dans le cadre d'une pré-enchère, de la sélection ou non de son (ou ses) offre(s).

(...) ».

Comme le délégué l'a confirmé, tous les dossiers d'admission ont déjà été introduits pour la pré-enchère organisée en 2024. En effet, l'article 6, alinéa 1^{er}, précité, de l'arrêté royal du 9 avril 2024 dispose que la date limite d'introduction est le 12 avril 2024.

L'article 6 du projet dispose que, par dérogation à l'article 6, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 9 avril 2024, le détenteur de capacité étrangère indirecte introduit les éléments du dossier d'admission relatif à l'article 5, § 1^{er}, 4^o, du même arrêté, tel qu'il est inséré par l'article 1^{er} (lire : article 3 ¹²), dans le cadre de la pré-enchère organisée en 2024, au plus tard le 15 mai 2024. Il s'agit plus particulièrement de l'engagement du détenteur de capacité étrangère indirecte à introduire un dossier de préqualification pour un volume équivalent si au moins une offre a été acceptée dans le cadre de la pré-enchère en vue de la participation à la mise aux enchères ¹³.

Ce régime transitoire soulève un certain nombre de questions.

8.1. Un premier point problématique concerne la constatation que l'article 6 du projet affecte les conditions d'admission relatives aux *demandes déjà introduites* en vue de la participation à la pré-enchère. Consécutivement à l'article 6 du projet, toutes les demandes introduites devront encore être complétées.

À la question de savoir si le régime en projet – bien qu'il ne produira ses effets que le jour de la publication du projet ¹⁴ – peut néanmoins être réputé avoir un effet rétroactif compte tenu de ce qui précède, le délégué a déclaré :

¹² Ce point doit être corrigé, sous réserve de la recommandation formulée au point 8.3.1.

¹³ En ce qui concerne l'étendue de cet engagement, voir également l'observation 7.

¹⁴ Voir l'article 7 du projet.

« De bepaling kan ons inziens niet geacht worden retroactieve werking te hebben. In het licht van de beoogde wijziging vervat in art. 4 van het ontwerp KB wordt een nieuwe vereiste voor het toelatingsdossier ingevoegd. (ontworpen art. 5, §1, eerste lid, 4° KB 9 april 2024)

Gelet op de nieuwe vereiste van het toelatingsdossier wordt een nieuwe periode geopend om deze elementen aan te reiken in het kader van de prekwalificatie voor de preveiling die reeds is afgelopen. (art. 6 ontwerp KB)

Bovendien dient opgemerkt te worden dat elke houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit wiens toelatingsdossier is aanvaard kan kiezen om al dan niet één of meer biedingen in te dienen in de preveiling tot uiterlijk 25 mei. (art. 7, §1 van het KB van 9 april 2024). Het al dan niet indienen van een bieding in de preveiling is in se de enige keuze waarmee de houder van onrechtstreekse capaciteit zichzelf bindt ».

À cet égard, il faut également tenir compte du fait que la nouvelle condition se limite en substance à confirmer un principe du nouveau cadre légal et réglementaire ¹⁵ (à savoir que celui qui choisit de participer à la pré-enchère et dont l'offre est sélectionnée, est obligé de participer à la mise aux enchères) ¹⁶. Ainsi, les dispositions peuvent être réputées ne pas porter atteinte à des situations acquises, dans la mesure où celles-ci ont été communiquées en temps utile aux parties concernées (voir l'observation 8.2).

8.2. Un deuxième point problématique concerne le risque que les détenteurs de capacité étrangère indirecte ne soient informés des nouvelles règles que très tardivement (sans doute quelques jours seulement avant la date limite du 15 mai 2024 – date déjà très proche compte tenu de la date à laquelle l'avis sera rendu). Or, les acteurs juridiques doivent disposer de suffisamment de temps pour prendre connaissance de nouvelles dispositions. En outre, après avoir pris connaissance des nouvelles règles, les demandeurs devront encore effectuer les démarches nécessaires pour remplir la condition visée, ce qui, pour les entreprises, semble également impliquer que l'engagement envisagé soit pris par des personnes ou par l'organe disposant des pouvoirs nécessaires à cet effet.

Invité à apporter des éclaircissements, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De in artikel 6 van het koninklijk besluit van 9 april 2024 vermelde datum van 15 mei is bedoeld om voldoende tijd te laten voor de organisatie van de pre-veiling. De geselecteerde capaciteiten volgen dan een procedure die vergelijkbaar is met die voor de Belgische capaciteiten, d.w.z. dat ze een hele reeks aanvullende informatie moeten indienen. Uitstel van de datum van 15 mei zou een impact hebben op dit proces en is dus niet mogelijk.

¹⁵ Voir notamment l'article 7*undecies*, § 10, alinéa 3, de la loi sur l'électricité, cité dans l'observation formulée au point 4.2, et l'article 7, § 2, en projet, de l'arrêté royal du 9 avril 2024.

¹⁶ La situation à l'examen doit être distinguée de la situation dans laquelle, par exemple, les conditions existantes relatives aux entités autorisées à participer (cf. les entités énumérées à l'article 5, § 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal du 9 avril 2024) seraient encore rendues plus strictes après l'introduction des demandes.

De marktspelers zijn al op de hoogte gebracht van de geplande maatregel. Elia zal, in samenwerking met de andere netbeheerders, de marktspelers op de hoogte blijven houden.

Bovendien kan opgemerkt te worden dat de bijkomende vereiste geen zwaarwichtige verplichting inhoudt daar louter bevestigd moet worden dat de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit zich er onvoorwaardelijk toe verbindt om een prekwalificatiedossier in te dienen dat een gelijk volume behelst in het kader van de betreffend veiling indien zijn bieding geselecteerd wordt in het kader van de preveiling.

Tot slot dient opgemerkt te worden dat art. 6, derde lid van het KB van 9 april 2024 stelt dat de netbeheerder uiterlijk 4 dagen na 15 mei de houder van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit in kennis van het resultaat van zijn controle van de toelatingsvoorwaarden. Er dient ook een termijn gelaten worden voor de netbeheerder om over te gaan tot de controle van alle toelatingsdossiers die zijn ingediend ».

En tout état de cause, les auteurs du projet devront veiller à ce que l'arrêté envisagé (tout comme la loi adoptée le 18 avril 2024) ¹⁷ soit publié le plus rapidement possible au Moniteur belge et en tout cas avant le 15 mai 2024.

8.3. Plus fondamentalement, la nécessité de l'exigence même d'un engagement dans lequel les détenteurs de capacité étrangère indirecte concernés donnent expressément leur consentement à une obligation qui découle déjà du cadre de droit public (contraignant) peut toutefois être remise en question. En effet, l'« engagement » visé à l'article 5, § 1^{er}, 4^o, en projet, de l'arrêté royal du 9 avril 2024 confirme simplement un principe du nouveau cadre légal et réglementaire évoqué dans les observations 4.2 et 7 ¹⁸ et il existe un fondement juridique adéquat permettant au Roi d'imposer des « conditions et modalités » sur le fondement de l'article 7undecies, § 8, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi sur l'électricité. Il ne semble dès lors pas strictement nécessaire de solliciter dans un délai très court (et probablement trop court) un engagement de la part de tous les demandeurs, le risque existant de devoir écarter certains demandeurs pour la simple raison qu'ils n'ont pas soumis en temps utile les « éléments du dossier d'admission » (lire : les pièces justificatives) nécessaires relatifs à cet engagement.

8.3.1. À cet égard, il est suggéré de reformuler l'article 6 du projet en ce sens qu'il se borne à prévoir que, pour la pré-enchère organisée en 2024, les détenteurs de capacité étrangère indirecte pour lesquels au moins une offre a été sélectionnée lors de la pré-enchère et qui répondent aux critères de préqualification dans le cadre de la mise aux enchères, doivent soumettre une offre ayant le même volume que l'offre sélectionnée lors de la pré-enchère.

Compte tenu également de l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 9 avril 2024 (dont peut se déduire la possibilité pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte de ne pas soumettre d'offre pour la pré-enchère), un tel dispositif ne soulève pas d'objection, du moins si l'arrêté envisagé est publié le plus rapidement possible au Moniteur belge.

¹⁷ Voir l'observation 3.2.

¹⁸ Voir à cet égard aussi l'observation 19 de l'avis A(2789) de la CREG du 11 avril 2024 concernant le projet, qui reproduit l'observation 23 de l'avis A(2681) de la CREG du 26 octobre 2023 (« (...) La CREG constate d'abord que cette obligation découle déjà de la loi électricité et se pose dès lors la question de la pertinence de reprendre la règle (sous la forme d'un engagement) dans le projet d'arrêté royal. (...) »).

8.3.2. Compte tenu du fait qu'il ne semble donc pas exister de nécessité impérieuse de demander un engagement en 2024, il revient aux auteurs du projet d'examiner s'il est alors encore nécessaire de continuer à prévoir cet engagement pour le futur ¹⁹. Le cas échéant, l'article 3 du projet peut dès lors être omis.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Pierre LEFRANC

¹⁹ Comme la CREG l'a d'ailleurs suggéré dans l'avis mentionné dans la note de bas de page précédente : « Afin d'éviter tout risque de gaming, la CREG suggère même d'introduire une obligation pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été sélectionnée à l'issue de la pré-enchère, de remettre une offre (identique) lors de l'enchère ».