



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 76.452/16
van 6 juni 2024

avis 76.452/16
du 6 juin 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot
wijziging van het koninklijk besluit van
20 juli 2022 tot vaststelling van de
berekenningsmethode en de modaliteiten
van de controle van de kost van de
strategische reserve en het
capaciteitsvergoedingsmechanisme'

un projet d'arrêté royal 'modifiant
l'arrêté royal du 20 juillet 2022
fixant le mode de calcul et les
modalités de contrôle du coût de la
réserve stratégique et du
mécanisme de rémunération de
capacité'

Op 8 mei 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 juli 2022 tot vaststelling van de berekeningsmethode en de modaliteiten van de controle van de kost van de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 30 mei 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wnd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Johan PUT, assessor, 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 6 juni 2024.

*

Le 8 mai 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, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2022 fixant le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 30 mai 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, 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 6 juin 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.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt gegeven, vestigt de Raad van State de aandacht van de adviesaanvrager erop dat de ontbinding van de Wetgevende Kamers tot gevolg heeft dat de regering sedert die datum en totdat, na de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers, een nieuwe regering is benoemd door de Koning, niet meer over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 juli 2022 ‘tot vaststelling van de berekeningsmethode en de modaliteiten van de controle van de kost van de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme’. Het voormelde besluit bevat regels met betrekking tot de activiteiten van de netbeheerder in verband met de strategische reserve en het capaciteitsvergoedingsmechanisme.

De meeste van de in het ontwerp opgenomen wijzigingen houden verband met het weglaten van de vermeldingen van of verwijzingen naar de strategische reserve in het koninklijk besluit van 20 juli 2022, gelet op de gedeeltelijke opheffing van artikel 7*bis* van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) door de wet van 7 mei 2024 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

RECHTSGROND

4. Zoals blijkt uit de aanhef, wordt voor het ontwerp rechtsgrond gezocht in de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 7*undecies*, § 15, derde lid, en 7*octies*, tweede lid, van de Elektriciteitswet.

4.1. Artikel 7*undecies*, § 15, derde lid, van de Elektriciteitswet machtigt de Koning om de berekeningsmethode en de nadere regels te bepalen voor de controle van de kosten van de maatregelen vermeld in artikel 7*undecies*, § 15, eerste lid, van de Elektriciteitswet. Die maatregelen betreffen de opdrachten waarmee de netbeheerder wordt belast krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in afdeling 2 van hoofdstuk II*bis* van de Elektriciteitswet (“Capaciteitsvergoedings-mechanisme”) en, in voorkomend geval, de opdrachten bedoeld in afdeling 3 (“Gerichte veilingen”). Deze bepaling biedt rechtsgrond voor de bepalingen van het ontwerp die verband houden met het capaciteitsvergoedingsmechanisme, zoals artikel 2, 5°, van het ontwerp.

4.2. Zoals voormeld, houden de meeste van de in het ontwerp opgenomen wijzigingen verband met het weglaten van de vermeldingen van of verwijzingen naar de strategische reserve in het koninklijk besluit van 20 juli 2022.

Artikel 7*octies*, tweede lid, van de Elektriciteitswet machtigde de Koning om de berekeningsmethode en de nadere regels te bepalen voor de controle van de kosten van de maatregelen die verband houden met de strategische reserve. Artikel 7*octies* is echter opgeheven bij artikel 6 van de wet van 7 mei 2024, zodat het geen rechtsgrond meer kan bieden voor het ontwerp.

Voor de voornoemde opheffings- en wijzigingsbepalingen kan wel worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet wanneer er voor de op te heffen of te wijzigen bepalingen geen actuele rechtsgrond meer voorhanden is, in samenhang met de opheffingsbepaling van de oude rechtsgrond. Er wordt in de aanhef dan ook terecht melding gemaakt van artikel 108 van de Grondwet, zij het dat die bepaling moet worden gelezen in samenhang met de bepaling waarbij artikel 7*octies* van de Elektriciteitswet werd opgeheven, in dit geval artikel 6 van de wet van 7 mei 2024.

4.3. Het huidige artikel 3 van het koninklijk besluit van 20 juli 2022, dat door artikel 4 van het ontwerp wordt opgeheven, luidt:

“De activiteiten van de netbeheerder in verband met de strategische reserve zijn de volgende:

(...)

6° de tweejaarlijkse studie van de noden van het Belgische elektriciteitssysteem inzake de toereikendheid en de flexibiliteit voor de komende tien jaar, in overeenstemming met artikel 7*bis*, § 4*bis* van de wet van 29 april 1999.”

Artikel 7*bis*, § 4*bis*, van de Elektriciteitswet, dat deel uitmaakt van afdeling 1 (“Strategische reserve”) van hoofdstuk II*bis* van de Elektriciteitswet, bepaalt:¹

“Uiterlijk op 30 juni van iedere tweejaarlijkse periode voert de netbeheerder een analyse uit met betrekking tot de noden van het Belgische elektriciteitssysteem inzake de toereikendheid en de flexibiliteit van het land voor de komende tien jaar.

¹ Artikel 7*bis* van de Elektriciteitswet is gewijzigd en gedeeltelijk opgeheven door de wet van 7 mei 2024, maar paragraaf 4*bis* is ongewijzigd gebleven.

De basishypotheses en -scenario's alsook de methodologie die gebruikt worden voor deze analyse worden bepaald door de netbeheerder in samenwerking met de Algemene Directie Energie en het Federaal Planbureau en in overleg met de commissie."

4.3.1. In het ontworpen artikel 5 van het koninklijk besluit van 20 juli 2022, zoals vervangen bij artikel 5 van het ontwerp, wordt bepaald dat artikel 7bis, § 4bis, van de Elektriciteitswet voortaan deel uitmaakt van de "activiteiten van de netbeheerder in verband met het capaciteitsvergoedingsmechanisme".

Deze regeling werd voorgesteld door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: de CREG). In het voorstel van de CREG voor het ontwerp kan in dit verband het volgende worden gelezen:²

"11. Compte tenu de l'abrogation de la réserve stratégique, mais du maintien de l'obligation du gestionnaire du réseau de réaliser l'étude AdexFlex, et du fait que le mécanisme de financement a été adapté par la loi du [...] en vue de permettre la couverture des coûts liés à cette étude, il est proposé que l'obligation de réaliser cette étude soit rattachée aux activités du gestionnaire du réseau dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité. L'étude AdexFlex constitue d'ailleurs, dans sa partie relative à l'adéquation, l'évaluation de l'adéquation à l'échelle nationale visée à l'article 24 du règlement (UE) 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité, sur la base de laquelle un Etat membre peut décider d'organiser un mécanisme de rémunération de capacité. Les articles 5 et 6 sont adaptés à cet effet."

Artikel 7bis, § 4bis, van de Elektriciteitswet maakt echter nog steeds deel uit van afdeling 1 ("Strategische reserve") van hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet en dus niet van afdeling 2 van dit hoofdstuk ("Capaciteitsvergoedings-mechanisme").

Gevraagd om de rechtsgrond voor de regeling in artikel 5 van het ontwerp te verduidelijken, stelde de gemachtigde:

"Er dient opgemerkt te worden dat de studie bedoeld in artikel 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet in het kader van de aanmeldingsprocedure van het Belgisch CRM bij de Europese Commissie steeds naar voor werd geschoven als de Nationale beoordelingen van de toereikendheid van de elektriciteitsvoorziening in het kader van de beoordeling van artikel 22, lid 1, c) van Verordening 2019/943. (zie bv. randnummer 30 staatsteunbeslissing EC van 27.08.2021 met referentie SA.54915 - 2020/C (ex 2019/N)).

Bovendien dient opgemerkt te worden dat dit ook af te leiden is uit de algemene geest van de wet zoals toegelicht in de memorie van toelichting bij voornoemde wet van 7 mei 2024 (zie Parl.St. 55.3884/001, p. 30). Hieruit is namelijk duidelijk af te leiden dat de studie in art. 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet als NRAA dient beschouwd te worden gelet op het feit dat in plaats van dat "het concept NRAA" wordt gebruikt, wordt verwezen naar art. 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet.

Bovendien kadert de studie bedoeld in art. 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet in de permanente opvolging van de noodzaak aan een CRM overeenkomstig art. 21, lid 6, van Verordening 2019/943.

² CREG, Projet de proposition d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2022 fixant le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité Article 108 de la Constitution ; article 7undecies, § 15, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, nr. (C)2762 van 7 maart 2024.

Bijgevolg, gelet op het nieuwe artikel 7undecies, §6, zevende lid van de Elektriciteitswet, kadert de studie bedoeld in artikel 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet in de opdrachten waarmee de netbeheerder krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in afdeling II van Hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet wordt belast. Bijgevolg kan ons inziens rechtsgrond gevonden worden in art. 108 Gw en artikel 7undecies, §15, derde lid van de Elektriciteitswet.

Echter, indien uw hoge raad van oordeel zou zijn dat deze zienswijze niet gevolgd kan worden, kan voorgesteld worden dat het de beoogde wijzigingen van het Koninklijk besluit van 20 juli 2022 gewijzigd worden opdat deze expliciet betrekking heeft op enerzijds de methode voor het berekenen en controleren van de openbare dienstverplichtingen die volgen uit het CRM, waarbij rechtsgrond gevonden kan worden in art. 7undecies, §15, eerste lid van de Elektriciteitswet en anderzijds op de methode voor het berekenen en controleren van de openbare dienstverplichtingen die volgen uit de studie bedoeld in artikel 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet. In dit laatste geval kan ons inziens rechtsgrond gevonden worden in artikel 108 van de Grondwet, samengelezen met art. 21, quinquies, van de Elektriciteitswet, zoals gewijzigd door artikel 10 van de wet van 7 mei 2014.”

In het licht van de toelichting van de gemachtigde kan worden aangenomen dat de studie vermeld in artikel 7bis, § 4bis, van de Elektriciteitswet ondanks het opheffen van de strategische reserve toch behouden werd omdat die studie van belang is voor de implementatie van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, zoals ook blijkt uit het bij wet van 7 mei 2024 ingevoegde artikel 7undecies, § 6, zevende lid, van de Elektriciteitswet waarin uitdrukkelijk naar die studie wordt verwezen.

Mede in het licht van de toelichting van de gemachtigde kan daarom worden aangenomen dat voor artikel 5 van het ontwerp rechtsgrond kan gevonden worden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Koning beschikt, gelezen in samenhang met artikel 7undecies, § 6, zevende lid, van de Elektriciteitswet, onder voorbehoud van de interpretatie dat het louter gaat om een bepaling die de draagwijdte van het begrip “activiteiten van de netbeheerder in verband met het capaciteitsvergoedingsmechanisme” schetst en op zich geen normatieve waarde heeft.³

Niettemin moet worden vastgesteld dat de Elektriciteitswet niet ten volle aan die nieuwe realiteit is aangepast.

4.3.2. Dat blijkt in het bijzonder bij het onderzoek van de rechtsgrond voor artikel 6, 2°, van het ontwerp.

Die bepaling voegt in artikel 6, § 1, van het koninklijk besluit van 20 juli 2022 een lid in dat bepaalt dat “de in aanmerking komende kosten van de activiteiten bedoeld in art. 5, 2° bestaan uit de recurrente en niet-recurrente kosten verbonden aan de uitvoering van de tweejaarlijkse studie van de noden van het Belgische elektriciteitssysteem inzake de toereikendheid en de flexibiliteit voor de komende tien jaar”. Zoals blijkt uit artikel 5 van het ontwerp, dat het

³ Bij het ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 20 juli 2022 werd uiteengezet dat artikel 5 geen normatief karakter heeft, maar louter de draagwijdte van de begrippen zoals “activiteiten van de netbeheerder in verband met het capaciteitsvergoedingsmechanisme” schetst en dus beter kon worden vervangen door definities (adv.RvS 71.647/3 van 5 juli 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 20 juli 2022, opmerking 11). Aan die opmerking is geen gevolg gegeven.

bestaande artikel 5 van het koninklijk besluit van 20 juli 2022 vervangt, wordt met “de activiteiten bedoeld in artikel 5, 2°” de studie vermeld in het aangehaalde artikel 7bis, § 4bis, van de Elektriciteitswet bedoeld.

Voor artikel 6, 2°, van het ontwerp kan slechts rechtsgrond worden gevonden in artikel 7undecies, § 15, derde lid, van Elektriciteitswet als die kosten binnen die delegatiebepaling kunnen worden ingepast. Dat is niet evident. De voornoemde bepaling verwijst immers naar “de maatregelen bedoeld in het eerste lid” en artikel 7undecies, § 15, eerste lid, van de Elektriciteitswet maakt melding van “[d]e opdrachten waarmee de netbeheerder krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in deze afdeling en in voorkomend geval, de opdrachten bedoeld in afdeling 3”. Op die manier wordt verwezen naar kosten van de netbeheerder in het kader van de afdelingen 2 (“Capaciteitsvergoedings-mechanisme”) en 3 (“Gerichte veilingen”). Artikel 7bis, § 4bis, van de Elektriciteitswet is echter opgenomen in afdeling 1 (“Strategische reserve”), zodat artikel 7undecies, § 15, derde lid, naar de letter ervan niet als rechtsgrond kan worden gebruikt. Gelet op wat werd uiteengezet in opmerking 4.3.1 kan echter worden aangenomen dat die studie ook relevant is voor de werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme, zodat naar de geest van de rechtsgrond kan worden aangenomen dat het toch gaat om een kost die verband houdt met afdeling 2.

Het verdient niettemin aanbeveling om bij de eerstvolgende gelegenheid de kruisverwijzingen in artikel 7undecies, § 15, van de Elektriciteitswet aan te passen zodat er geen twijfel over kan bestaan dat de kosten van de studies bedoeld in artikel 7bis, § 4bis, kunnen worden bepaald op basis van artikel 7undecies, § 15, derde lid, met het oog op de tenlasteneming van de nettolasten ervan overeenkomstig artikel 21quinquies van die wet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Gelet op hetgeen hiervoor is uiteengezet bij de bespreking van de rechtsgrond, dient de verwijzing in de aanhef naar artikel 7octies, tweede lid, van de Elektriciteitswet te worden weggelaten. Er moet voorts bijkomend worden verwezen naar artikel 7undecies, § 6, zevende lid, van de Elektriciteitswet.

Bovendien moet een nieuw lid worden ingevoegd waarin verwezen wordt naar artikel 6 van de wet van 7 mei 2024.

Artikel 2

6. Aan het einde van de door artikel 2, 7°, van het ontwerp op te heffen zinsnede “de werkingsregels voor de strategische reserve zoals bedoeld in artikel 7septies van de wet van 29 april 1999” ontbreekt in de Nederlandse tekst het woord “of”. De voormelde zinsnede dient te worden aangevuld.

Artikel 17

7. In het voorstel van de CREG wordt in verband met artikel 17 van het ontwerp, dat strekt tot wijziging van artikel 50 van het koninklijk besluit van 20 juli 2022, het volgende toegelicht:

“13. Compte tenu de la complexité du CRM belge et de la longueur du processus lié à la conclusion des accords, l'article 50, § 2, de l'arrêté royal du 20 juillet 2022 a toutefois permis, à certaines conditions, la prise en charge des coûts consentis avant la conclusion des accord.

L'article 50 est modifié afin, d'une part, de clarifier que la règle de l'éligibilité des coûts postérieurs à la conclusion des accords, figurant à l'article 50, § 1^{er}, peut faire l'objet d'une dérogation, aux conditions fixées dans le paragraphe 2 et, d'autre part, de confirmer que les coûts consentis pendant le processus d'approbation des accords par la CREG sont également considérés comme raisonnables – telle est d'ailleurs l'interprétation choisie par la CREG dans ses décisions d'approbation des accords entre gestionnaires de réseau.”

Uit die toelichting volgt dat wordt beoogd om in artikel 50, § 1, 2°, van het koninklijk besluit van 20 juli 2022 een voorbehoud te maken voor wat betreft de toepassing van paragraaf 2 van artikel 50, dat een uitzondering vormt op het beginsel dat de activiteiten van de netbeheerders slechts in aanmerking kunnen worden genomen na de goedkeuring door de CREG.

In artikel 17, 1°, van het ontwerp moet de zinsnede “onverminderd 1° hebben zij” dus worden vervangen door de zinsnede “onverminderd paragraaf 2 hebben zij”.

Artikel 18

8. In de Nederlandse tekst van artikel 18 van het ontwerp dient, net zoals in de Franse tekst, melding te worden gemaakt van “artikel 7octies, tweede lid, 2°” (niet: “artikel 7octies, 2° lid”).

*

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.

*

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du demandeur de l'avis sur le fait que la dissolution des Chambres législatives emporte que, depuis cette date et jusqu'à ce que, à la suite de l'élection des membres de la Chambre des représentants, le Roi nomme un nouveau gouvernement, le gouvernement ne dispose plus de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend modifier l'arrêté royal du 20 juillet 2022 'fixant le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité'. L'arrêté précité contient des règles relatives aux activités du gestionnaire du réseau liées à la réserve stratégique et au mécanisme de rémunération de capacité.

La plupart des modifications contenues dans le projet portent sur la suppression des mentions de la réserve stratégique ou des références à celle-ci dans l'arrêté royal du 20 juillet 2022, compte tenu de l'abrogation partielle de l'article 7bis de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité) par la loi du 7 mai 2024 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

FONDEMENT JURIDIQUE

4. Ainsi qu'il ressort du préambule, le fondement juridique du projet est recherché dans le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution, combiné avec les articles 7undecies, § 15, alinéa 3, et 7octies, alinéa 2, de la loi sur l'électricité.

4.1. L'article 7undecies, § 15, alinéa 3, de la loi sur l'électricité habilite le Roi à déterminer le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût des mesures visées à l'article 7undecies, § 15, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité. Ces mesures concernent les missions attribuées au gestionnaire du réseau dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité visé dans la section 2 du chapitre IIbis de la loi sur l'électricité (« Mécanisme de rémunération de capacité ») et, le cas échéant, les missions visées dans la section 3 (« Mise aux enchères

ponctuelle »). Cette disposition procure un fondement juridique aux dispositions du projet qui concernent le mécanisme de rémunération de capacité, telles que l'article 2, 5°, du projet.

4.2. Ainsi qu'il a été mentionné, la plupart des modifications contenues dans le projet concernent l'omission des mentions de la réserve stratégique ou des références à celle-ci dans l'arrêté royal du 20 juillet 2022.

L'article 7octies, alinéa 2, de la loi sur l'électricité habilitait le Roi à déterminer le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût des mesures concernant la réserve stratégique. L'article 7octies a toutefois été abrogé par l'article 6 de la loi du 7 mai 2024, si bien qu'il ne peut plus procurer de fondement juridique au projet.

Pour les dispositions abrogatoires et modificatives précitées, on peut cependant invoquer le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution s'il n'existe plus de fondement juridique actuel pour les dispositions à abroger ou à modifier, en combinaison avec la disposition abrogatoire de l'ancien fondement juridique. Le préambule mentionne dès lors à juste titre l'article 108 de la Constitution, étant entendu que cette disposition doit être lue en combinaison avec la disposition qui a abrogé l'article 7octies de la loi sur l'électricité, en l'occurrence l'article 6 de la loi du 7 mai 2024.

4.3. L'article 3 actuel de l'arrêté royal du 20 juillet 2022, abrogé par l'article 4 du projet, dispose :

« Les activités du gestionnaire du réseau liées à la réserve stratégique sont les suivantes :

(...)

6° l'étude biennale des besoins du système électrique belge en matière d'adéquation et de flexibilité sur un horizon de dix ans, conformément à l'article 7bis, § 4bis, de la loi du 29 avril 1999 ; ».

L'article 7bis, §4 bis, de la loi sur l'électricité, qui fait partie de la section 1^{re} (« Réserve stratégique ») du chapitre IIbis de la loi sur l'électricité, dispose : ¹

« Au plus tard le 30 juin de chaque période biennale, le gestionnaire du réseau réalise une analyse relative aux besoins du système électrique belge en matière d'adéquation et de flexibilité du pays sur un horizon de dix ans.

Les hypothèses et scénarios de base, ainsi que la méthodologie utilisés pour cette analyse sont déterminés par le gestionnaire du réseau en collaboration avec la Direction générale de l'Énergie et le Bureau fédéral du Plan et en concertation avec la commission ».

4.3.1. L'article 5, en projet, de l'arrêté royal du 20 juillet 2022, remplacé par l'article 5 du projet, dispose que l'article 7bis, § 4bis, de la loi sur l'électricité fait désormais partie des « activités du gestionnaire du réseau liées au mécanisme de rémunération de capacité ».

¹ L'article 7bis de la loi sur l'électricité a été modifié et partiellement abrogé par la loi du 7 mai 2024, mais le paragraphe 4bis est resté inchangé.

Ce dispositif a été proposé par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG). La proposition de la CREG relative au projet mentionne à cet égard ce qui suit : ²

« 11. Compte tenu de l'abrogation de la réserve stratégique, mais du maintien de l'obligation du gestionnaire du réseau de réaliser l'étude AdexFlex, et du fait que le mécanisme de financement a été adapté par la loi du [•] en vue de permettre la couverture des coûts liés à cette étude, il est proposé que l'obligation de réaliser cette étude soit rattachée aux activités du gestionnaire du réseau dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité. L'étude AdexFlex constitue d'ailleurs, dans sa partie relative à l'adéquation, l'évaluation de l'adéquation à l'échelle nationale visée à l'article 24 du règlement (UE) 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité, sur la base de laquelle un Etat membre peut décider d'organiser un mécanisme de rémunération de capacité. Les articles 5 et 6 sont adaptés à cet effet ».

Or, l'article 7bis, § 4bis, de la loi sur l'électricité fait encore toujours partie de la section 1^{re} (« Réserve stratégique ») du chapitre IIbis de la loi sur l'électricité et donc pas de la section 2 de ce chapitre (« Mécanisme de rémunération de capacité »).

Invité à préciser le fondement juridique de la règle contenue à l'article 5 du projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Er dient opgemerkt te worden dat de studie bedoeld in artikel 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet in het kader van de aanmeldingsprocedure van het Belgisch CRM bij de Europese Commissie steeds naar voor werd geschoven als de Nationale beoordelingen van de toereikendheid van de elektriciteitsvoorziening in het kader van de beoordeling van artikel 22, lid 1, c) van Verordening 2019/943. (zie bv. randnummer 30 staatsteunbeslissing EC van 27.08.2021 met referentie SA.54915 - 2020/C (ex 2019/N)).

Bovendien dient opgemerkt te worden dat dit ook af te leiden is uit de algemene geest van de wet zoals toegelicht in de memorie van toelichting bij voornoemde wet van 7 mei 2024 (zie Parl.St. 55.3884/001, p. 30). Hieruit is namelijk duidelijk af te leiden dat de studie in art. 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet als NRAA dient beschouwd te worden gelet op het feit dat in plaats van dat "het concept NRAA" wordt gebruikt, wordt verwezen naar art. 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet.

Bovendien kadert de studie bedoeld in art. 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet in de permanente opvolging van de noodzaak aan een CRM overeenkomstig art. 21, lid 6, van Verordening 2019/943.

Bijgevolg, gelet op het nieuwe artikel 7undecies, §6, zevende lid van de Elektriciteitswet, kadert de studie bedoeld in artikel 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet in de opdrachten waarmee de netbeheerder krachtens het capaciteitsvergoedingsmechanisme bedoeld in afdeling II van Hoofdstuk IIbis van de Elektriciteitswet wordt belast. Bijgevolg kan ons inziens rechtsgrond gevonden worden in art. 108 Gw en artikel 7undecies, §15, derde lid van de Elektriciteitswet.

² CREG, Projet de proposition d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2022 fixant le mode de calcul et les modalités de contrôle du coût de la réserve stratégique et du mécanisme de rémunération de capacité Article 108 de la Constitution ; article 7undecies, § 15, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, n° (C)2762 du 7 mars 2024.

Echter, indien uw hoge raad van oordeel zou zijn dat deze zienswijze niet gevolgd kan worden, kan voorgesteld worden dat het de beoogde wijzigingen van het Koninklijk besluit van 20 juli 2022 gewijzigd worden opdat deze expliciet betrekking heeft op enerzijds de methode voor het berekenen en controleren van de openbare dienstverplichtingen die volgen uit het CRM, waarbij rechtsgrond gevonden kan worden in art. 7undecies, §15, eerste lid van de Elektriciteitswet en anderzijds op de methode voor het berekenen en controleren van de openbare dienstverplichtingen die volgen uit de studie bedoeld in artikel 7bis, §4bis van de Elektriciteitswet. In dit laatste geval kan ons inziens rechtsgrond gevonden worden in artikel 108 van de Grondwet, samengelezen met art. 21, quinquies, van de Elektriciteitswet, zoals gewijzigd door artikel 10 van de wet van 7 mei 2014 ».

On peut considérer, à la lumière des explications fournies par le délégué, que malgré l'abrogation de la réserve stratégique, l'analyse mentionnée à l'article 7bis, § 4bis, de la loi sur l'électricité a quand même été maintenue parce qu'elle est importante pour la mise en œuvre du mécanisme de rémunération de capacité, ainsi qu'il ressort également de l'article 7undecies, § 6, alinéa 7, de la loi sur l'électricité, inséré par la loi du 7 mai 2024, lequel vise expressément cette analyse.

Compte tenu notamment des explications fournies par le délégué, on peut dès lors considérer que l'article 5 du projet peut trouver un fondement juridique dans le pouvoir général d'exécution dont dispose le Roi, combiné avec l'article 7undecies, § 6, alinéa 7, de la loi sur l'électricité, sous réserve de l'interprétation selon laquelle il s'agit simplement d'une disposition qui définit la portée de la notion d' « activités du gestionnaire du réseau liées au mécanisme de rémunération de capacité » et qui n'a en soi aucune valeur normative ³.

Force est néanmoins de constater que la loi sur l'électricité n'a pas été adaptée pleinement à cette nouvelle réalité.

4.3.2. C'est ce que l'on constate plus précisément en examinant le fondement juridique de l'article 6, 2°, du projet.

Cette disposition insère à l'article 6, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 20 juillet 2022 un alinéa disposant que « [l]es coûts éligibles des activités visées à l'art. 5, 2°, se composent des coûts récurrents et non récurrents liés à la réalisation de l'étude biennale des besoins du système électrique belge en matière d'adéquation et de flexibilité sur un horizon de dix ans ». Ainsi qu'il ressort de l'article 5 du projet, qui remplace l'article 5 existant de l'arrêté royal du 20 juillet 2022, on entend par les « activités visées à l'art. 5, 2° » l'analyse mentionnée à l'article 7bis, § 4bis, cité, de la loi sur l'électricité.

L'article 6, 2°, du projet ne peut trouver un fondement juridique dans l'article 7undecies, § 15, alinéa 3, de la loi sur l'électricité que si ces coûts peuvent s'inscrire dans cette délégation, ce qui n'est pas évident. La disposition précitée se réfère en effet aux « mesures visées à l'alinéa 1^{er} » et l'article 7undecies, § 15, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité mentionne

³ En ce qui concerne le projet devenu l'arrêté royal du 20 juillet 2022, il avait été précisé que l'article 5 ne revêt pas de caractère normatif, mais définit simplement la portée de notions telles que « activités du gestionnaire du réseau liées au mécanisme de rémunération de capacité » et qu'il était donc préférable de le refondre en définitions (avis C.E. 71.647/3 du 5 juillet 2022 sur un projet devenu l'arrêté royal du 20 juillet 2022, observation 11). Cette observation est restée sans suite.

« [l]es missions attribuées au gestionnaire du réseau dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité, visées dans la présente section et, le cas échéant, dans la section 3 ». Il est ainsi fait référence aux coûts du gestionnaire du réseau dans le cadre des sections 2 (« Mécanisme de rémunération de capacité ») et 3 (« Mise aux enchères ponctuelle »). L'article 7bis, § 4bis, de la loi sur l'électricité est toutefois inscrit dans la section 1^{re} (« Réserve stratégique »), de sorte que l'article 7undecies, § 15, alinéa 3, pris à la lettre, ne peut être invoqué à titre de fondement juridique. Eu égard aux observations formulées au point 4.3.1, on peut toutefois considérer que cette analyse est également pertinente pour le fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité, de sorte que selon l'esprit du fondement juridique, on peut admettre qu'il s'agit quand même d'un coût lié à la section 2.

Il est néanmoins recommandé de mettre à profit la prochaine occasion pour adapter les références croisées contenues à l'article 7undecies, § 15, de la loi sur l'électricité de sorte qu'il ne puisse subsister aucun doute quant au fait que les coûts des analyses visées à l'article 7bis, § 4bis, peuvent être déterminés sur le fondement de l'article 7undecies, § 15, alinéa 3, en vue du financement des charges nettes de ces coûts conformément à l'article 21quinquies de cette loi.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Eu égard aux observations formulées ci-dessus concernant l'examen du fondement juridique, la référence à l'article 7octies, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, contenue dans le préambule, sera omise. Il faudra viser en outre l'article 7undecies, § 6, alinéa 7, de la loi sur l'électricité.

On insérera en outre un nouvel alinéa visant l'article 6 de la loi du 7 mai 2024.

Article 2

6. À la fin du segment de phrase « de werkingsregels voor de strategische reserve zoals bedoeld in artikel 7septies van de wet van 29 april 1999 », dont l'article 2, 7°, du projet vise l'abrogation, il manque le mot « of » dans le texte néerlandais. Il conviendra de compléter le segment de phrase précité.

Article 17

7. En ce qui concerne l'article 17 du projet, qui entend modifier l'article 50 de l'arrêté royal du 20 juillet 2022, la proposition de la CREG précise ce qui suit :

« 13. Compte tenu de la complexité du CRM belge et de la longueur du processus lié à la conclusion des accords, l'article 50, § 2, de l'arrêté royal du 20 juillet 2022 a toutefois permis, à certaines conditions, la prise en charge des coûts consentis avant la conclusion des accords.

L'article 50 est modifié afin, d'une part, de clarifier que la règle de l'éligibilité des coûts postérieurs à la conclusion des accords, figurant à l'article 50, § 1^{er}, peut faire l'objet d'une dérogation, aux conditions fixées dans le paragraphe 2 et, d'autre part, de confirmer que les coûts consentis pendant le processus d'approbation des accords par la CREG sont également considérés comme raisonnables – telle est d'ailleurs l'interprétation choisie par la CREG dans ses décisions d'approbation des accords entre gestionnaires de réseau ».

Il ressort de ce commentaire qu'on entend formuler une réserve à l'article 50, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 20 juillet 2022 en ce qui concerne l'application du paragraphe 2 de l'article 50, qui constitue une exception au principe selon lequel les activités des gestionnaires du réseau ne peuvent être prises en considération que postérieurement à l'approbation par la CREG.

À l'article 17, 1°, du projet, on remplacera donc le segment de phrase « sans préjudice du 1°, ils concernent » par le segment de phrase « sans préjudice du paragraphe 2, ils concernent ».

Article 18

8. Dans le texte néerlandais de l'article 18 du projet, on mentionnera, à l'instar du texte français, « artikel 7octies, tweede lid, 2° » (et non : « artikel 7octies, 2e lid »).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Pierre LEFRANC