

**Raad van State,
afdeling Wetgeving**

Advies 72.294/3 van 13 oktober 2022 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot instelling van een mechanisme van staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ten gevolge van de energiecrisis'

Op 6 oktober 2022 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 instelling van een mechanisme van staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ten gevolge van de energiecrisis'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 oktober 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 oktober 2022.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3^o, 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 gemotiveerd als volgt:

"Je demande au Conseil d'État de donner son avis dans les 5 jours conformément à l'article 84, §1, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. L'urgence est motivée en considérant que le fait de pouvoir fournir une garantie de l'État pour certains crédits des fournisseurs et intermédiaires actifs sur le marché belge sur la base du

présent arrêté est important et urgent, étant donné que plusieurs d'entre eux sont déjà confrontés aujourd'hui à des problèmes de liquidités en raison de la crise énergétique ;

Considérant qu'en raison de l'effet saisonnier dans l'approvisionnement en énergie, en Belgique mais aussi ailleurs dans l'Union européenne, la période hivernale à venir risque d'augmenter encore les besoins en liquidités de ces entreprises ;

Considérant qu'après l'apparition d'un problème de liquidité, le fournisseur ou l'intermédiaire concerné peut effectivement ne plus être en mesure d'acheter l'énergie nécessaire et de la mettre sur le réseau, alors que l'énergie est toujours prélevée sur le réseau par les clients de ce fournisseur ou cet intermédiaire. Cela peut conduire à une position de déséquilibre du réseau de transport si le responsable d'équilibrer le réseau ne prend pas ou peut pas prendre les mesures adéquates, ce qui in fine conduit à une menace pour la stabilité du réseau ;

Considérant que comme expliqué, les problèmes de liquidité chez un fournisseur ou un intermédiaire créent des effets en cascade pour les responsables d'équilibre et les gestionnaires de réseau, menacent la stabilité du réseau et la sécurité de l'approvisionnement, et peuvent entraîner de graves conséquences financières pour les clients concernés ;

Considérant que, la stabilité du marché de l'énergie et la sécurité d'approvisionnement pour nos citoyens et entreprises doivent immédiatement être garantis et que le présent arrêté y est indispensable ;

Considérant que tout retard dans l'adoption et la publication de cet arrêté affecterait son efficacité."

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde 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 voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit voorziet in een staatswaarborg ten belope van 70% van de waarde van de hoofdsom en verwachte interesten van bepaalde kredieten die worden aangegaan door energieleveranciers of tussenpersonen die door de energiecrisis een liquiditeitsprobleem hebben en die zonder die garantie niet langer aan gunstige commerciële voorwaarden een krediet kunnen verkrijgen.

Artikel 1 van het ontwerp bevat de definities. Artikel 2 voorziet in de mogelijkheid om de staatswaarborg toe te kennen en bepaalt het personele toepassingsgebied ervan. Artikel 3 bepaalt de voorwaarden die de kredietnemer moet vervullen om in aanmerking te komen voor de garantie. Artikel 4 bepaalt de omvang van de staatswaarborg. Artikel 5 bepaalt de vergoeding die de kredietnemer moet betalen aan de overheid voor de waarborg. Artikel 6 regelt de procedure voor de aanvraag en toekenning van de waarborg. Artikel 7 bepaalt de procedure en de voorwaarden voor het aanspreken van de waarborg door de kredietgever. Artikel 8 voorziet in dat geval in de subrogatie van de overheid in de rechten van de kredietgever. Artikel 9 regelt de terugbetaling van de staatswaarborg door de kredietnemer aan de Thesaurie, en somt de vorderingen op waarmee de schuld kan worden gecompenseerd.

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad* (artikel 10).

BEVOEGDHEID

4. De Inspecteur van Financiën bij de FOD Financiën formuleert in zijn advies van 27 september 2022 ernstige bezwaren bij de bevoegdheid van de federale overheid voor de ontworpen regeling:

"Volgens het ontwerp van KB is de wettelijke basis voor deze staatswaarborg artikel 23 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (de Gaswet) en artikel 32 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (de Elektriciteitswet).

Deze bepalingen voorzien dat ingeval van dreigende of plotse crisis op de energiemarkt, of wanneer de bevoorradingszekerheid van het land in het gedrang komt, of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van uitrusting of installaties of de integriteit van de vervoernetten wordt bedreigd, de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de Commissie en in overleg met de netbeheerder, de nodige beschermingsmaatregelen nemen, met inbegrip van tijdelijke afwijkingen van de bepalingen van deze wet.

Alleen, deze bepaling is ondergeschikt aan de bijzondere wet van 08.08.1980 en meer bepaald art 6 § 1, VII, a en b volgens dewelke de levering van gas en elektriciteit aan de consumenten een gewestbevoegdheid is. Vraag is dan ook of het niet eerder aan de gewesten is om zo een waarborg te verstrekken?

In haar reactie stelt de beleidscel:

‘De regionale overheden zijn inderdaad bevoegd voor de distributie (het plaatselijk vervoer) van elektriciteit en gas. Artikel 6, VII, tweede lid van de BWHI bepaalt echter:

De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten: [...]

- a) De studies over de perspectieven van energiebevoorrading;
- b) De kernbrandstofcyclus;
- c) De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie;
- d) de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, onverminderd de gewestelijke bevoegdheid inzake de tarieven bedoeld in het eerste lid, a) en b)'

Voor onderhavige regeling zijn er bijgevolg verschillende redenen waarom de federale overheid bevoegd is. Het betreft een aangelegenheid die technisch en economisch ondeelbaar is:

- leveranciers en tussenpersonen zijn in de meerderheid der gevallen op nationaal vlak actief. Het betreft dan één vennootschap die actief is in de verschillende regio's. Als er een garantie zou worden gegeven door een regio, zou deze de facto de hele vennootschap ten goede komen;
- leveranciers en tussenpersonen zijn ook actief op vlak van transmissie van energie (minstens voor het aankopen van energie op de energiebeurzen, maar ook bvb. Voor levering aan klanten die rechtstreeks zijn aangesloten op het transmissienet), wat een federale bevoegdheid is;
- het behoud van het evenwicht (de evenwichtsverantwoordelijken responsabiliseren om het evenwicht in hun evenwichtsprijsmeter te handhaven, maar ook de nodige balanceringsreserves en -energie aankopen ter herstelling van mogelijke residuele onevenwichten) is een federale bevoegdheid. Het faillissement van een van de betrokken spelers bedreigt het evenwicht, te meer indien de geïdentificeerde sneeuwbal effecten zich voordoen;
- het faillissement van een van de betrokken spelers kan de bevoorradingzekerheid in het gevaar brengen, te meer indien de geïdentificeerde sneeuwbal effecten zich voordoen;
- tot slot is ook de faillissementsregelgeving federaal.

De Inspectie van financiën is niet overtuigd. Als de leveranciers en tussenpersonen in de problemen komen is dat te wijten aan a. onvoldoende dekking wanneer ze langlopende contracten met vaste prijs hebben aangeboden (ondertussen zijn er geen dergelijke contracten meer op de markt) of b. als de consumenten hun facturen niet meer (kunnen) betalen.

Een staatswaarborg is een zekerheid waar beroep kan worden op gedaan als de leveranciers en tussenpersonen geconfronteerd worden met de gevolgen van de hierboven vermelde situaties a en b. en in beide gevallen is de basis van het probleem de levering aan consumenten en dus zitten we op bevoegdheid van de gewesten."

5. De gemachtigde verstrekte de volgende bijkomende verantwoording van de federale bevoegdheid voor de ontworpen regeling:

“Voorafgaandelijk wensen wij te verduidelijken dat het liquiditeitsprobleem waar de leveranciers en tussenpersonen momenteel mee geconfronteerd worden, en waaraan met de ontworpen regeling zou worden geredd, zich voornamelijk stelt op het niveau van de groothandelsmarkten, die, afhankelijk van het tijdstip van levering, nationaal of Europees georganiseerd zijn. Het is de federale overheid die de regels vaststelt betreffende (de werking van) deze nationale markten (zie bv. het KB van 20 oktober 2005 met betrekking tot de oprichting en de organisatie van een Belgische markt voor de uitwisseling van energieblokken).

Aan de basis van het liquiditeitsprobleem liggen immers de extreem hoge prijzen die op de groothandelsmarkten moeten worden betaald voor gas en elektriciteit en de zgn. ‘margin call mechanismes’ die daar door de leveranciers en tussenpersonen tegenover gesteld moeten worden. Om prijs- en leveringsrisico's te mitigeren, vragen marktpartijen immers meer en meer dat hun overeenkomsten gedekt worden

door financiële waarborgen. Aangezien de waarde van de overeenkomsten significant stijgt (want de marktprijs stijgt), stijgt ook de waarde van deze financiële waarborgen. Deze 'margin call mechanismes' vergroten bijgevolg de reeds aanzienlijke liquiditeitsnoden van leveranciers en tussenpersonen.

(Ter toelichting: de initiële margevereisten (de zogenaamde onderpanden - collateral) zijn in het afgelopen jaar ongeveer verzesvoudigd. Marktvolatiliteit heeft ertoe geleid dat de gemiddelde vereiste variatiemarge van de ene werkdag op de andere met 10 keer is gestegen. Ter illustratie: prijsniveaus voor Nederlands TTF-gas zijn gestegen van 25 EUR / MWh (2 juli 2021) naar 150 EUR (10 oktober 2022) en overschreden 300 EUR in maart en augustus 2022. Een marktactor die grote volumes van gas en elektriciteit via beurzen moest indekken in de zomer van 2021 en een initiële marge van EUR 1 miljard diende te betalen, zag zijn margevereisten stijgen tot EUR 4 miljard in oktober 2021 en uiteindelijk tot EUR 6 miljard in maart 2022 - een verzesvoudiging zonder enige verandering in de afgedekte positie. Hetzelfde bedrijf, dat normaliter dagelijkse marge-kasstroom verwacht die rekening houden met prijsbewegingen van ongeveer EUR 50 miljoen, wordt nu geconfronteerd met variatiemarges van maximaal EUR 500 miljoen binnen een werkdag als gevolg van de extreme volatiliteit van de prijzen.¹)

Het is inderdaad ook zo dat er bij de levering op het distributienet een toegenomen wanbetaling door eindafnemers wordt waargenomen, maar dit is niet de belangrijkste oorzaak van de liquiditeitsproblemen bij leveranciers of tussenpersonen. Overigens zullen particuliere eindafnemers quasi altijd aangesloten zijn op het distributienet, maar zijn er evenzeer verschillende eindafnemers aangesloten op het transmissienet.

De ontworpen waarborgregeling moet dan ook in het licht van deze bijzondere situatie worden gezien. Door de mogelijkheid te creëren om, onder bepaalde voorwaarden, een staatswaarborg toe te kennen aan leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ter dekking van één of meer gewaarborgde kredieten, remedieert het Koninklijk Besluit aan een situatie die zich voordoet op de groothandelsmarkten. Deze groothandelsmarkten zijn zoals gesteld nationaal gereguleerd: er zijn geen gewestelijke energiebeurzen, noch -prijzen; alle leveranciers en tussenpersonen die in de Belgische energiemarkt actief zijn worden geconfronteerd met dezelfde, nationaal gevormde energieprijzen. Dat is ook logisch, aangezien de bijzondere wetgever het prijsbeleid inzake de levering van elektriciteit en gas uitdrukkelijk heeft uitgezonderd van de bevoegdheden van de gewesten inzake het energiebeleid (art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI). De Belgische biedzone, zoals die volgt uit Europese regelgeving (Europese netwerkcode CACM), valt samen met het Belgische transmissienet (zowel voor gas en elektriciteit).

De ontworpen regeling kan dus worden ingepast in de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven. In dit geval betreft het in het bijzonder de federale voorbehouden bevoegdheid inzake 'De studies over de perspectieven van energiebevoorrading' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a) BWHI en inzake 'de grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI en inzake de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid en onverminderd de gewestelijke bevoegdheden inzake tarieven in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI.

1. De ontworpen regeling strekt ertoe het evenwicht op het transmissienet te waarborgen

De federale overheid is bevoegd om de voorliggende waarborgregeling aan te nemen op grond van haar bevoegdheid inzake het vervoer van elektriciteit en gas via het transmissienet (art. 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI). De federale bevoegdheid met betrekking tot het transmissienet omvat de bevoegdheid inzake de balancering en het vraagbeheer op het transmissienet (Adv. RvS nr. 60.616/3 van 4 januari 2017).

De federale overheid is op grond van de bovenvermelde bevoegdheid exclusief bevoegd om maatregelen te nemen die ertoe strekken het evenwicht van het transmissienet waarborgen. Het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem, bedreigt het evenwicht van dit net, a fortiori indien een faillissement van een leverancier of een tussenpersoon zich zou voordoen, wat een reëel risico op een sneeuwbal effect met zich zou meebrengen.

Dit onevenwicht ontstaat doordat leveranciers of tussenpersonen omwille van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem niet meer in staat zijn om voldoende energie aan te kopen of op het net te zetten, terwijl de energie nog wel fysiek van het net afgenomen wordt

door hun eindklanten. Een dergelijk onevenwicht is van aard om de stabiliteit van het transmissienet ernstig in gevaar te brengen. Vooreerst ter toelichting omtrent de technische werking:

Het transmissienet beschikt op elk toegangspunt over een of meerdere evenwichtsverantwoordelijken (zgn. Balance Responsible Parties of BRP's) die in eerste lijn instaan voor het behoud van het evenwicht tussen elektriciteitsproductie en -consumptie.

De leverancier zelf kan de evenwichtsverantwoordelijke zijn, maar ook een derde partij kan als evenwichtsverantwoordelijke voor hem optreden. In ieder geval, om als leverancier in de Belgische markt te kunnen optreden, is het noodzakelijk dat de leverancier een evenwichtsverantwoordelijke heeft.

De evenwichtsverantwoordelijke moet alle redelijke maatregelen treffen en voorzien om het evenwicht tussen injecties en afnames in zijn portefeuille te behouden.²

Voor zover de evenwichtsverantwoordelijke geen passende maatregelen neemt of kan nemen om het evenwicht in zijn portefeuille te behouden, moet de onevenwichtspositie door de transmissienetbeheerder ondervangen worden door aankopen van deze energie in de balanceringsmarkt. In een 'normaal' scenario rekent de netbeheerder die prijzen vervolgens aan de betrokken evenwichtsverantwoordelijke aan, welke die op zijn beurt zal doorrekenen aan de betrokken leverancier of tussenpersoon. Indien dit niet volstaat om het evenwicht te herstellen, moet de transmissienetbeheerder andere technische ingrepen stellen (cfr. artikel 199 van het Federaal Technisch Reglement).

In de huidige situatie, indien een leverancier die zelf ook evenwichtsverantwoordelijke is er niet meer in slaagt om (voldoende) elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem, kan hij zijn evenwichtsverplichtingen niet langer vervullen en komt de stabiliteit van het transmissienet in het gedrang. Dat risico op onevenwicht stelt zich niet enkel voor leveranciers die ook evenwichtsverantwoordelijke zijn: indien een leverancier of tussenpersoon die niet zelf evenwichtsverantwoordelijke is niet meer in staat is om de nodige energie aan te kopen of op het net te zetten, leidt dit tot een onevenwichtspositie in de portfolio van de evenwichtsverantwoordelijke met wie deze leverancier of tussenpersoon verbonden is.

Indien de transmissienetbeheerder aan de huidige hoge en volatiele marktprijzen finaal aankopen moet doen (voor zover deze in voldoende mate beschikbaar zijn) en deze aanrekenen aan de evenwichtsverantwoordelijke, zal de evenwichtsverantwoordelijke deze hoge kosten per hypothese niet meer terugbetaald krijgen van de betrokken leverancier of tussenpersoon.

Op die manier ontstaat een neerwaartse spiraal waarbij de liquiditeitsproblemen van een leverancier leiden tot onevenwichten bij de evenwichtsverantwoordelijke en finaal op het transmissienet, die steeds gecorrigeerd zullen moeten worden door de evenwichtsverantwoordelijke of door de netbeheerder. De stabiliteit van het transmissienet kan op deze manier dus niet langer door de evenwichtsverantwoordelijke of door de netbeheerder worden gewaarborgd.

Om een dergelijke destabilisatie van het transmissienet te vermijden, is het noodzakelijk om in te grijpen. De ingreep situeert zich, zoals gezegd, niet op het niveau van de leveringen aan de eindafnemers. De ingreep situeert zich op het niveau waar het geïdentificeerde liquiditeitsprobleem zich eerst manifesteert, d.w.z. op het niveau van de groothandelsmarkten. Door te voorzien in het mechanisme van een staatswaarborg voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit, laat de ontworpen regeling de leveranciers en tussenpersonen toe om over voldoende liquide middelen te kunnen blijven beschikken om elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten, zodat het evenwicht op het transmissienet gewaarborgd blijft.

Bijgevolg valt de ontworpen waarborgregeling binnen de aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheid inzake 'de grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie' in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI, waartoe de bevoegdheid inzake de balancerings en het vraagbeheer op het transmissienet moet worden gerekend.

2. De ontworpen regeling strekt ertoe de bevoorradingszekerheid te garanderen

In het verlengde van de bevoegdheid inzake de balancerings en het vraagbeheer op het transmissienet is de federale overheid op grond van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI, in samenhang gelezen met artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), BWHI, ook bevoegd om de bevoorradingszekerheid van gas en elektriciteit te waarborgen.

De bevoorradingszekerheid dient niet begrepen te worden als het garanderen van de levering van elektriciteit en/of gas aan een specifieke groep eindafnemers, maar, meer algemeen, als (het waarborgen van) het vermogen van het nationale gas- en elektriciteitsnet om in alle omstandigheden, vooral tijdens piekperiodes van de vraag (meestal in de winter), te voorzien in de hoeveelheid energie die bedrijven en huishoudens nodig hebben.

Het Grondwettelijk Hof stelde reeds expliciet dat de federale overheid op grond van artikel 6, §1, VII, tweede lid, a) en c) BWHI bevoegd is om deel te nemen 'aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, (...), en hierbij op te treden in het belang van 's lands energiebevoorrading' (GwH 21 januari 2016, nr. 8/2016). Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State stelde eerder al dat de federale overheid bevoegd is om te voorzien 'in een mechanisme om voldoende productiecapaciteit ter beschikking te hebben, teneinde de bevoorradingszekerheid tijdens winterperiodes te vrijwaren' (Adv. 54.884/3 van 20 januari 2014). Dit sluit, volgens de Raad van State, 'aan bij de federale bevoegdheden inzake energiebeleid, in het bijzonder de voorbehouden aangelegenheden vermeld in artikel 6, §1, VII, tweede lid, a en c BWHI'.

Welnu, de ontworpen waarborgregeling heeft niet alleen als doelstelling om het evenwicht op het transmissienet te waarborgen, maar ook om de bevoorradingszekerheid van het gas- en elektriciteitsnet voor het gehele land te garanderen. In geval van een eventueel faillissement van een leverancier of tussenpersoon als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem – en het sneeuwbaaleffect dat dit kan teweegbrengen – is het risico reëel dat de bevoorradingszekerheid van het land zelf in het gedrang zou komen. De volumes energie die vrijkomen doordat leveranciers die op de Belgische markt actief zijn, failliet zouden gaan, worden in een dergelijk scenario immers niet per definitie gekocht door andere leveranciers die ook op de Belgische markt actief zijn. Integendeel, in alle Europese landen wordt op dit moment sterk naar volumes energie gezocht. In een dergelijke hyperconcurrentiële markt is het risico zeer groot dat, in geval van een faillissement van een of meer leveranciers of tussenpersonen, er (grote) volumes energie uit de Belgische markt zouden verdwijnen. Indien deze onbeschikbare capaciteit van aanzienlijke omvang is, komt de bevoorradingszekerheid als zodanig ernstig in gevaar. Deze problematiek stelt zich in het bijzonder voor wat betreft gas. Een eventueel faillissement van een gasleverancier of tussenpersoon zou er immers toe leiden dat minder gas wordt aangekocht bij upstream gasproducenten, waardoor de fysieke toevoer naar België zal verminderen of, in het slechtste geval (in geval van een sneeuwbaaleffect op de markt), zelfs dreigt stil te vallen.

Dit brengt een onaanvaardbaar risico voor de bevoorradingszekerheid met zich mee, a fortiori tijdens de winterperiode wanneer de energievraag piekt.

De ontworpen regeling strekt er dan ook toe het vermogen van het nationale gas- en elektriciteitsnet te waarborgen, door ervoor te zorgen dat leveranciers en tussenpersonen hun liquide middelen kunnen aanwenden om de gecontracteerde volumes energie te betalen, zodat deze volumes beschikbaar blijven op de Belgische markt.

3. Besluit

Uit wat voorafgaat, blijkt dat er dus verschillende aanknopingspunten zijn met voorbehouden bevoegdheden van de federale overheid in het kader van het energiebeleid. Op grond van elk van die bevoegdheden kan de federale overheid de ontworpen regeling aannemen, en dit ongeacht of de kredietnemer toegangshouder is op het transmissie- of distributienet, c.q. of hij houder is van een federale of gewestelijke vergunning. Om op de Belgische markt te kunnen optreden als leverancier zal men immers steeds een evenwichtsverantwoordelijke dienen te hebben, gezien de noodzaak om het evenwicht op het transmissienet te bewaren.

Overigens is er ook een grondslag te vinden bij de federale voorbehouden bevoegdheid inzake het prijsbeleid (inzake de levering van elektriciteit en gas (art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI) en de bevoegdheden van de federale overheid in economische aangelegenheden (art. 6, §1, VI, tweede lid, BWHI), in de mate dat de ontworpen regeling er bijkomend ook toe strekt de negatieve gevolgen van een eventueel faillissement van een energieleverancier of tussenpersoon op de ruimere, nationaal georganiseerde markt te vermijden, niet in het minst voor de betrokken klanten die in dat geval een nog hogere energieprijis zouden moeten betalen."

6. De ontworpen regeling behelst een overheidsgarantie die blijkens artikel 2 ten goede komt aan leveranciers die over een federale of regionale leveringsvergunning beschikken voor de levering van elektriciteit of aardgas aan afnemers op de Belgische markt, alsook aan de tussenpersonen die aardgas of elektriciteit aankopen met het oog op de

doorverkoop ervan aan de voormelde leveranciers. Het toepassingsgebied omvat bijgevolg niet enkel personen die actief zijn op het transmissienet voor elektriciteit of het vervoersnet voor aardgas, maar ook personen die onder de bevoegdheid van de gewesten vallen en waarvoor de gewesten verantwoordelijk zijn bij faillissement.³

De door de gemachtigde ingeroepen bevoegdheidsgronden betreffen in hoofdzaak drie aan de federale overheid voorbehouden aangelegenheden die “wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven”, namelijk “[d]e studies over de perspectieven van energiebevoorrading”, “[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie” en “de tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid (...)” (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), c) en d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

7.1. Ook al wordt betoogd dat de doelstelling van de ontworpen regeling erin bestaat het evenwicht op het transmissienet en de bevoorradsingszekerheid te waarborgen, is niet zozeer de doelstelling van een maatregel bepalend voor de bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie, maar wel de inhoud en de aard ervan. Het verlenen van de staatswaarborg is een vorm van financiële ondersteuning van de betrokken leveranciers en tussenpersonen die weliswaar een gunstig effect kan hebben op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradsingszekerheid, maar dat betekent nog niet dat elke maatregel die een dergelijk effect heeft, daardoor tot de bevoegdheid van de federale overheid kan worden gerekend.

7.2. Het zo-even geschetste gunstige effect op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradsingszekerheid impliceert nog niet dat het gaat om een aangelegenheid die, blijkens de inleidende zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wegens de technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeft. Leveranciers en tussenpersonen zijn in de regel weliswaar actief in meerdere gewesten, maar nu reeds moeten zij rekening houden met de verscheidenheid in regelgeving van die verschillende gewesten, onder meer wat betreft de beschermde afnemers, die een bijzonder liquiditeitsrisico vormen voor de leveranciers, en stemmen zij hun marktvoorwaarden daarop af. Ook de tussenpersonen moeten zich schikken naar de regels van de netten waarop ze actief zijn.

7.3. Meer fundamenteel valt niet goed in te zien hoe de ontworpen regeling kan worden beschouwd als een maatregel die betrekking heeft op “[d]e studies over de perspectieven van energiebevoorrading” en “[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie” (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a) en c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’). Indien al zou zijn voldaan aan de voorwaarde in de inleidende zin van dat tweede lid, is immers nog steeds vereist dat het gaat om één van de in dat lid opgesomde aangelegenheden.

De financiële ondersteuning door middel van het verlenen van een staatswaarborg is veel verregaander dan het uitvoeren van studies als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), en kan dan ook niet worden ingepast in die aangelegenheid.⁴ Het verband tussen de financiële ondersteuning en de “grote infrastructuren” als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), wordt door de gemachtigde evenmin aangetoond en lijkt alleszins veeleer onrechtstreeks te zijn. Dat geldt eveneens voor de aangelegenheid van de tarieven als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d). Weliswaar kan de minister bevoegd voor energie overeenkomstig artikel 2, tweede lid, van het ontwerp, bij het toekennen van de staatswaarborg aanvullende voorwaarden vaststellen die mogelijkterwijls in verband kunnen worden gebracht met het prijsbeleid, maar dat houdt nog niet in dat die staatswaarborg zelf als een maatregel van prijsbeleid kan worden beschouwd.

7.4. De omstandigheid dat de leveranciers en tussenpersonen ook actief zijn op het transmissienet, zoals wordt betoogd door de gemachtigde, neemt niet weg dat ze ook actief zijn op het distributienet en dat de door de gemachtigde geschetste risico's van een faillissement van leveranciers en tussenpersonen niet alleen betrekking hebben op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradsingszekerheid,⁵ maar ook op de negatieve impact op de klanten van leveranciers. De financiële ondersteuning van leveranciers die actief zijn op het distributienet, teneinde te vermijden dat door liquiditeitsproblemen de levering van energie aan eindafnemers in het gedrag komt, is een maatregel die in belangrijke mate tot de bevoegdheid van de gewesten moet worden gerekend en die in zeker zin zelfs het spiegelbeeld vormt van de bescherming van financieel kwetsbare afnemers met het oog op een gewaarborgde minimale energielevering.

Het valt weliswaar niet uit te sluiten dat de federale overheid bevoegd is voor de financiële ondersteuning van leveranciers en tussenpersonen, in zoverre ze actief zijn op het transmissienet, maar de strekking van de ontworpen regeling reikt onbetwistbaar verder en lijkt dan ook de zo-even geschetste gewestbevoegdheid te betreden.

7.5. Ook de door de gemachtigde aangevoerde federale voorbehouden bevoegdheden inzake economie lijken niet ter zake te zijn. De faillissementswetgeving is weliswaar een dergelijke voorbehouden aangelegenheid,⁶ maar de loutere omstandigheid dat de ontworpen regeling de liquiditeitspositie van een onderneming versterkt is onvoldoende om die aan te merken als een element van de faillissementswetgeving, en dus als een onderdeel van die voorbehouden federale aangelegenheid.

8. De conclusie is dan ook dat de Raad van State, aan de hand van de thans voorliggende argumentatie, geen overtuigende bevoegdheidsgronden ziet voor de ontworpen regeling. Enkel een teruggesnoeiende regeling, die beperkt is tot de leveranciers en de tussenpersonen, in zoverre zij actief zijn op het transmissienet, zou in de zo-even aangehaalde bevoegdheidsgronden kunnen worden ingepast, al zal dat ook afhangen van de concrete uitwerking van een dergelijke regeling.

In elk geval heeft ook een aldus teruggesnoeiende regeling gevolgen voor de volledige bevoorradingsketen en is ze van dien aard dat erover voorafgaand overleg moet worden gepleegd met de gewesten overeenkomstig artikel 6, § 3, 2° en 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Het verdere onderzoek van het ontwerp is dan ook subsidiair aan het zo-even geschetste bevoegdheidsprobleem.

RECHTSGROND

9. De rechtsgrond voor het ontwerp wordt gezocht in artikel 32 van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' en in artikel 23 van de wet van 12 april 1965 'betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen'. Bij die bepalingen wordt de Koning gemachtigd om, in geval van een plotse crisis op de energiemarkt of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van uitrusting of installaties of de integriteit van het vervoersnet of het transmissienet wordt bedreigd, de nodige beschermingsmaatregelen te nemen, met inbegrip van tijdelijke afwijkingen van de bepalingen van deze twee wetten. Tevens is vereist dat deze maatregelen zo min mogelijk storingen veroorzaken in de werking van de Europese interne markt en mogen ze de strikt onontbeerlijke draagwijdte niet overstijgen die nodig is om de plotse moeilijkheden te verhelpen die zich hebben voorgedaan.

9.1. Er lijkt in elk geval te zijn voldaan aan de voorwaarde van het voorhanden zijn van een plotse crisis op de energiemarkt, zodat niet moet worden nagegaan of de andere alternatieve voorwaarden voor het optreden van de Koning zijn vervuld.

9.2. De gemachtigde maakt ook aannemelijk dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 32 van de Elektriciteitswet, met name dat deze maatregelen zo weinig mogelijk storingen veroorzaken in de werking van de Europese interne markt en dat ze de draagwijdte niet overstijgen die strikt noodzakelijk is om de plotse moeilijkheden te verhelpen die zich hebben voorgedaan:

"De maatregel is inderdaad strikt beperkt tot wat nodig is om de plotse moeilijkheden te verhelpen, het gaat namelijk enkel en alleen om het toestaan van kredieten om liquiditeitsnoden te dekken (dus met andere woorden om ervoor te zorgen dat er voldoende werkkapitaal beschikbaar is). Daarenboven wordt enerzijds de omvang van het gewaarborgde krediet beperkt (de liquiditeitsnoden van 12, respectievelijk 6 maanden) en anderzijds wordt de duur waarbinnen een staatswaarborg kan worden verleend, beperkt. Er worden ook voorwaarden voorzien waaraan een kredietnemer moet voldoen om in aanmerking te komen voor een staatswaarborg, zo onder meer het betalen van een premie.

Tot slot werd de maatregel geconformeerd aan het Tijdelijk Crisisakkoord (afdeling 2.2), hetgeen de criteria vastlegt om staatssteunmaatregelen die lidstaten zouden nemen om de economische effecten te verhelpen, op hun verenigbaarheid met de interne markt te toetsen. Er zal met andere woorden ook vanuit het standpunt van de Europese Commissie niet verder worden gegaan dan wat zij nodig achten om liquiditeitsnoden ten gevolge van de energiecrisis te verhelpen."

9.3. De notie "nodige beschermingsmaatregelen" is ruim geformuleerd en kan ook financiële ondersteuning omvatten, zoals het verlenen van een staatswaarborg.

Dat neemt niet weg dat bij artikel 5 van het ontwerp wordt voorzien in een vergoeding die de kredietnemer verschuldigd is in ruil voor het verlenen van de staatswaarborg. Een dergelijke vergoeding van een

dienst die de overheid presteert ten voordele van de betrokken kredietnemer, individueel beschouwd, moet worden aanzien als een retributie in de zin van artikel 173 van de Grondwet, en vergt overeenkomstig die grondwetsbepaling een uitdrukkelijke wettelijke grondslag, die nu niet voorhanden is.

Aangezien die vergoedingsregeling onlosmakelijk verbonden lijkt te zijn met de hele ontworpen regeling, zal eerst moeten worden voorzien in een dergelijke uitdrukkelijke wettelijke grondslag, vooraleer de ontworpen regeling doorgang kan vinden.

De Raad van State ziet in de gegeven omstandigheden dan ook af van het verder onderzoek van het ontwerp.

De griffier,
Astrid TRUYENS

De voorzitter,
Jeroen VAN NIEUWENHOVE

Nota's

1 Voetnoot 1 van de verantwoording van de gemachtigde: Deze omstandigheid wordt ook toegelicht eerder dit jaar in een paper van EFET, ter info in bijlage, alsook een rapport van ACER terzake (p.14 onderaan): <https://www.acer.europa.eu/sites/default/files/documents/Publications/ACER%26%23039%3Bs%20Final%20Assessment%20of%20the%20EU%20Wholesale%20Electricity%20Market%20Design.pdf>.

2 Voetnoot 2 van de verantwoording van de gemachtigde: <https://www.elia.be/nl/elektriciteitsmarkt-en-systeem/de-rol-van-de-brp>

3 In dat verband kan worden gewezen op de verplichtingen die aan de netbeheerders worden opgelegd bij een faillissement of een gerechtelijke organisatie, zie bijvoorbeeld artikel 4.3.3 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 en artikel 25noviesdecies van de ordonnantie van 19 juli 2001' betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest'.

4 Zie adv.RvS 63.241/3 van 3 mei 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 30 juli 2018 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met het oog op het aanpassen van het wettelijk kader voor de strategische reserve', Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-3208/001, 56 (opmerking 3).

5 Overigens heeft de Raad van State in het door de gemachtigde aangehaalde advies 60.616/3 een voorbehoud geformuleerd inzake de gewestelijke bevoegdheid inzake balancering en vraagbeheer op het distributienet (adv.RvS 60.616/3 van 4 januari 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 juli 2017 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, met het oog op de verbetering van de vraagflexibiliteit en van de opslag van elektriciteit', Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2528/001, 44-45 (opmerking 3.2)).

6 Artikel 5, § 1, VI, 6, § 1, VI, vijfde lid, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.
