

FEDERALE OVERHEIDSDIENST ECONOMIE,  
K.M.O., MIDDENSTAND EN ENERGIE  
EN FEDERALE OVERHEIDSDIENST FINANCIEN

[C - 2022/42437]

**26 OKTOBER 2022. — 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**

VERSLAG AAN DE KONING

Sire,

Het koninklijk besluit dat ik aan Uwe Majesteit ter ondertekening voorleg, heeft als doel een mechanisme van staatswaarborg te creëren voor bepaalde kredieten afgesloten door leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit ten gevolge van de energiecrisis.

De Russische militaire agressie tegen Oekraïne, de opgelegde sancties en de tegenmaatregelen hebben ernstige economische gevolgen voor de volledige Europese interne markt. De Russische militaire agressie tegen Oekraïne heeft geleid tot een aanzienlijke daling en verstoring van de gasbevoorrading en heeft de gasprijzen opgejaagd tot een niveau dat zelfs hoger is dan het reeds hoge prijspeil dat in de periode vóór de agressie viel waar te nemen. Ten gevolge van de hoge prijs voor gas, hetgeen wordt gebruikt in bepaalde elektriciteitsproductie-installaties, is de prijs voor elektriciteit ook substantieel toegenomen.

Verschillende leveranciers en tussenpersonen actief op de Belgische energiemarkt zien zich geconfronteerd met enorme uitdagingen op het vlak van liquiditeit ten gevolge van deze omstandigheden. Zowel de exploderende marktprijzen, als het seizoenseffect waardoor meer aardgas verbruikt wordt in de winterperiode als de volatiliteit en onvoorspelbaarheid van de prijzen leiden tot een enorme toename van de liquiditeitsbehoeften op het vlak van hun aankoopactiviteiten.

De aardgasprijs voor levering in het daaropvolgende jaar schommelde gedurende de afgelopen 10 jaar rond gemiddeld 20 €/MWh en deze steeg recent naar niveaus rond 300 €/MWh. De elektriciteitsprijs voor levering in het daaropvolgende jaar schommelde gedurende de afgelopen 10 jaar rond gemiddeld 50 €/MWh en deze steeg recent naar niveaus rond 600 €/MWh.

Met name voor de residentiële markt vindt het merendeel van het aardgasverbruik in de winterperiode plaats terwijl de facturatie evenredig over het volledige jaar gespreid wordt, hetgeen de liquiditeitsnood voor leveranciers in de winterperiode nog verhoogt.

De energiemarkt (zowel “over the counter” contracten als op de beurzen) voorziet voor prijs- en leveringsrisico’s in zogenaamde “margin call mechanismes” waarbij marktpartijen hun overeenkomst tegenover elkaar indekken met waarborgen. Door de extreem hoge prijzen en de volatiliteit en onvoorspelbaarheid daarvan is ook de vraag naar dergelijke waarborgen sterk toegenomen; marktpartijen dreigen bijgevolg over te weinig liquide middelen te beschikken om nieuwe transacties aan te gaan of zelfs bestaande overeenkomsten te kunnen behouden.

Verschillende contractspartijen van leveranciers en tussenpersonen zijn minder bereid om nieuwe transacties te sluiten, verminderen hun eigen kredietlijnen ten aanzien van deze leveranciers en tussenpersonen en vragen hogere garanties of zelfs voorafbetalingen om hun blootstelling aan de huidige marktomstandigheden zoveel als mogelijk te beperken.

Dergelijke liquiditeitsproblemen beperken sterk de onderhandelingsmogelijkheden van leveranciers en tussenpersonen actief op de Belgische markt, hetgeen op zich de liquiditeit op de energiemarkt doet afnemen waardoor ook de prijzen voor de consumenten toenemen.

Ook met betrekking tot de strikte leveringsactiviteiten van leveranciers vergroten de liquiditeitsnoden door (de prefinanciering van) de hogere marktprijzen die niet altijd tot uiting komen in de voorschotten betaald door de klanten en het feit dat meer klanten ten gevolge van de huidige marktomstandigheden betalingsmoeilijkheden ondervinden of om een afbetalingsplan vragen.

Leveranciers en tussenpersonen actief op de Belgische markt dreigen ten gevolge van deze omstandigheden met liquiditeitsproblemen te worden geconfronteerd, die zij in normale omstandigheden niet zouden kennen.

Een eventueel faillissement van een leverancier of tussenpersoon ten gevolge van liquiditeitsproblemen kan sneeuwbal effecten hebben op de ruimere markt en op de bevoorradingszekerheid, aangezien in de huidige omstandigheden noch de overige commerciële leveranciers, noch een noodleverancier grote portefeuilles aan klanten kunnen opvangen, vermits ook zij op zoek zouden moeten gaan naar alternatieven voor de beleving van deze klanten onder de huidige hoge en volatiele prijzen.

Een eventueel faillissement van een leverancier of een tussenpersoon kan ook leiden tot ernstige financiële gevolgen voor de betrokken residentiële en niet-residentiële klanten, aangezien de klanten van een dergelijke leverancier of tussenpersoon het reëel risico lopen bij een nieuwe leverancier, tussenpersoon of noodleverancier hogere prijzen te moeten betalen, omdat deze laatsten op hun beurt zich dienen te beveleren aan de huidige hoge en volatiele prijzen.

Bij een eventueel faillissement van een leverancier of tussenpersoon actief op de Belgische markt komen de door hem gecontracteerde volumes opnieuw vrij op de energiemarkt. Het is bijgevolg niet zeker dat deze volumes opnieuw zouden worden aangewend voor de beleving van de afnemers in België, hetgeen de bevoorradingszekerheid bedreigt.

Een dergelijk faillissement zou bijgevolg een negatieve impact hebben, niet alleen voor diens klanten (hogere energieprijzen), maar ook voor de economie (risico van bevoorradingszekerheid).

Het ingrijpen in deze crisissituatie teneinde faillissementen van leveranciers en tussenpersonen te voorkomen is bijgevolg noodzakelijk voor de stabiliteit van de energiemarkt en de bevoorradingszekerheid.

De mededeling van de Europese Commissie betreffende een tijdelijk crisiskader voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie na de Russische agressie tegen Oekraïne (2022/C 131 I/01), zoals gewijzigd door de mededeling van de Commissie (2022/C 280/01), voorziet in de mogelijkheid om aan ondernemingen die door de huidige crisis worden geraakt, de toegang tot liquiditeit te verzekeren via overheidsgaranties op leningen.

Het verlenen van staatswaarborgen is een beschermingsmaatregel in de zin van artikel 23, van de Gaswet en artikel 32, van de Elektriciteitswet teneinde te verhelpen aan de moeilijkheden die de leveranciers en tussenpersonen, actief op de Belgische markt, ondervinden ingevolge de energiecrisis.

Er worden passende risicobeperkende maatregelen ten aanzien van de Belgische staat genomen. De staatswaarborg dient ertoe om de kredietlijnen voor leveranciers en tussenpersonen actief op de Belgische markt open te houden en is er specifiek op gericht om het hoofd te kunnen bieden aan hun liquiditeitsproblemen, ontstaan door de energiecrisis. De gewaarborgde kredieten of opname's op een krediet-faciliteit kunnen een maximale duurtijd van twee jaar hebben.

Een kennisgeving van de beschermingsmaatregel aan de andere lidstaten van de Europese Unie en aan de Europese Commissie zal plaatsvinden overeenkomstig artikel 23 van de Gaswet en artikel 32 van de Elektriciteitswet.

Door het beperken van de duur waarbinnen een staatswaarborg kan worden verleend, door de voorwaarden te voorzien waaraan een kredietnemer moet voldoen om in aanmerking te komen voor een staatswaarborg en door het conformeren van de maatregel aan het tijdelijk crisiskader, veroorzaakt de maatregel zo min mogelijk storing in de werking van de Europese interne markt en overstijgt deze de strikt onontbeerlijke draagwijdte niet die nodig is om te verhelpen aan de plotse moeilijkheden die zich hebben voorgedaan.

Wat betreft de bevoegdheid van de federale overheid om deze maatregel te treffen, wordt het volgende opgemerkt:

#### 1. Inleiding

De ontworpen regeling strekt ertoe het liquiditeitsprobleem te verhelpen waar leveranciers van elektriciteit en aardgas en tussenpersonen die aardgas of elektriciteit aankopen met het oog op de doorverkoop ervan aan de voormelde leveranciers ten gevolge van de huidige geopolitieke – en marktomstandigheden mee geconfronteerd worden.

Dit liquiditeitsprobleem stelt zich voornamelijk op het niveau van de groothandelsmarkten: aan de basis liggen immers de extreem hoge prijzen die op de groothandelsmarkten moeten worden betaald en de zgn. "margin calls" 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 (cfr. de stijging van de marktprijzen), stijgt ook de waarde van deze financiële waarborgen.

Ter illustratie: de initiële margevereisten (de zgn. onderpanden of collateral) zijn in het afgelopen jaar ongeveer verzesvoudigd. Prijsniveaus voor Nederlands TIF-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 via de beurzen moest indekken in de zomer van 2021 en een initiële marge van 1 miljard EUR diende te betalen, zag zijn margevereisten stijgen tot 4 miljard EUR in oktober 2021 en tot 6 miljard EUR in maart 2022 - een verzesvoudiging zonder enige verandering in de afgedekte positie.

Dit liquiditeitsrisico wordt in de Belgische markt verder uitvergroet doordat een significant deel van de eindafnemers momenteel het zgn. sociaal tarief kan genieten. Door de geëxplodeerde marktprijzen is het prijsverschil tussen het sociaal tarief en de commerciële prijs sterk toegenomen. Daarnaast wordt er ook een toegenomen wanbetaling door eindafnemers waargenomen. Deze aspecten vergroten, maar zijn niet de belangrijkste oorzaak van, de liquiditeitsproblemen bij leveranciers of tussenpersonen.

De ontworpen waarborgregeling moet dan ook in het licht van deze bijzondere situatie op de energiemarkten worden gezien. Door met de ontworpen regeling de mogelijkheid te creëren om onder voorwaarden een staatswaarborg toe te kennen aan leveranciers en tussenpersonen van aardgas en elektriciteit, remedieert het in de eerste plaats aan een situatie die zich voordoet bij de aankoop van elektriciteit en aardgas op de groothandelsmarkten en die zich dus zeker niet uitsluitend op het stuk van de levering aan de eindafnemer situeert.

Er dient benadrukt te worden dat de groothandelsmarkten, afhankelijk van het tijdstip van levering, nationaal of Europees georganiseerd zijn. Zo is het de federale overheid die de regels vaststelt betreffende (de werking van) de 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). 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) BWHL). De Belgische biedzone, zoals die volgt uit Europese regelgeving (Europese netwerkcode CACM), valt ook 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 inzake energie, die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, als bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, a), c) en d) BWHL.

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

De federale overheid is in de eerste plaats 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) BWHL). Deze federale bevoegdheid 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 deze bevoegdheid exclusief bevoegd om maatregelen te nemen die ertoe strekken het evenwicht van het transmissienet te 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.

Het behoud van het evenwicht op het transmissienet wordt in hoofdzaak als volgt verzekerd: op elk toegangspunt staan een of meerdere evenwichtsverantwoordelijken (zgn. Balance Responsible Parties of BRP's) in eerste lijn in voor het behoud van het evenwicht tussen elektriciteitsproductie en -consumptie. De leverancier zelf kan evenwichtsverantwoordelijke zijn, maar ook een derde partij (of een professionele eindconsument) kan als evenwichtsverantwoordelijke optreden. Om als leverancier op de Belgische markt te kunnen optreden, is het in ieder geval 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. Voor zover de evenwichtsverantwoordelijke geen passende maatregelen neemt of kan nemen om dit evenwicht te behouden, moet de onevenwichtspositie door de transmissienetbeheerder ondervangen worden door aankopen 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 waarbij de marktprijzen niet alleen erg hoog maar ook erg volatiel zijn en het vermelde probleem van geëxplodeerde margin-calls zich stelt, is er een significant risico dat een leverancier of

tussenpersoon er niet meer in slaagt om (voldoende) elektriciteit aan te kopen op de groothandelsmarkten als gevolg van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem. Ten gevolge hiervan kan de leverancier of zijn evenwichtsverantwoordelijke zijn evenwichtsverplichtingen dus niet langer vervullen en komt de stabiliteit van het transmissienet in het gedrang. 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 onevenwichten op het transmissienet, die steeds gecorrigeerd zullen moeten worden door de evenwichtsverantwoordelijke of door de transmissienetbeheerder. De stabiliteit van het transmissienet kan op deze manier niet langer worden gewaarborgd.

De omstandigheid dat een leverancier die actief is op het transmissienet, ook op het distributienet actief is of mogelijks kan zijn, is daarbij irrelevant. Het volstaat dat de betrokken leverancier ingevolge de hierboven geschetste liquiditeitsproblematiek niet meer in staat is om de nodige energie aan te kopen of op het net te zetten, om de stabiliteit van het transmissienet ernstig in gevaar te brengen. Dat een eventueel faillissement ook een negatieve impact kan hebben op de klanten van de betrokken leveranciers en tussenpersonen, doet er evenmin afbreuk aan dat een dergelijk faillissement ook een erg ongewenste (en in het geval van grotere volumes, onvermijdelijke) negatieve impact op het transmissienet (en op de bevoorradingszekerheid) zou hebben. Welnu, zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State overigens zelf erkent, behoort het vrijwaren van het evenwicht op het transmissienet (Adv. RvS nr. 60.616/3 van 4 januari 2017) en van de bevoorradingszekerheid (Adv. RvS nr. 54.884/3 van 20 januari 2014) tot de federale bevoegdheden.

Om een dergelijke destabilisatie van het transmissienet te vermijden is het noodzakelijk om in te grijpen, en wel met een regeling die gelijk is voor het hele transmissienet. De ingreep situeert zich, zoals gezegd, als zodanig 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 laat de ontworpen regeling de betrokken leveranciers en tussenpersonen toe om over voldoende liquide middelen te kunnen blijven beschikken om energie aan te kopen op de groothandelsmarkten, zodat het evenwicht op het transmissienet (en de bevoorradingszekerheid) gewaarborgd blijft.

Bij een niet-nationaal optreden blijft er een ernstig risico op cascade-effecten bestaan (een faillissement treft immers niet alleen de betrokken onderneming, maar ook diens contractpartijen zoals evenwichtsverantwoordelijke(n) of shippers), hetgeen finaal het evenwicht op het transmissienet bedreigt. Aangezien de betrokken ondernemingen veelal actief zijn op het volledige Belgische grondgebied, zou bij een niet-nationaal optreden bovendien een risicoverschuiving plaatsvinden naar (de activiteiten van deze onderneming) in de andere gewesten.

De federale overheid is bijgevolg bevoegd om de voorliggende waarborgregeling aan te nemen op grond van haar bevoegdheid inzake het vervoer via het transmissienet (art. 6, § 1, VII, tweede lid, c) BWHI).

3. De ontworpen regeling strekt ertoe de bevoorradingszekerheid te garanderen

In het verlengde van de bevoegdheid inzake de balancering 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, anders dan de afdeling wetgeving van de Raad van State in zijn advies over de ontworpen regeling schijnt voor ogen te hebben, niet begrepen te worden als het garanderen van de levering van elektriciteit en/of aardgas 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. Dit vereist (onder meer) dat er voldoende volumes op de groothandelsmarkt beschikbaar zijn. Welnu, zoals hierna wordt toegelicht, kan de bevoorradingszekerheid in het gedrang komen wanneer een betrokken leverancier of tussenpersoon failliet zou gaan. Ook om die reden moet een faillissement van een betrokken leverancier of tussenpersoon worden vermeden. De bestreden regeling draagt daartoe bij door in een staatswaarborg voor bepaalde kredieten van de betrokken marktpartijen te voorzien.



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. RvS 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 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 indien 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 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 van aardgas 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 onaantvaardbaar risico voor de bevoorradingszekerheid met zich mee, a fortiori tijdens de winterperiode wanneer de energievraag piekt. Het mag, in het licht van het advies van de Raad van State, worden benadrukt dat een eventueel faillissement van een leverancier of tussenpersoon zich weliswaar ook praktisch zal laten voelen bij de betrokken eindafnemers, maar dat in de huidige (hoogst uitzonderlijke) marktomstandigheden, dit faillissement een bevoorradingsprobleem op de Belgische markt kan doen ontstaan omdat er op de Belgische markt eenvoudigweg niet voldoende volumes aan elektriciteit of gas meer aanwezig zijn, weze het via een andere leverancier van elektriciteit of aardgas die wel nog op de Belgische markt actief is.

Teneinde een bevoorradingsprobleem van die aard te voorkomen moet ervoor worden gezorgd dat leveranciers en tussenpersonen hun liquide middelen kunnen aanwenden om de gecontracteerde volumes energie te betalen, waardoor deze volumes beschikbaar blijven op de Belgische markt waarvoor ze bestemd zijn.

Bij een niet-nationaal optreden blijft er een ernstig risico op cascade-effecten bestaan, hetgeen finaal de bevoorradingszekerheid bedreigt.

4. De ontworpen regeling vindt grondslag in de federale bevoegdheden inzake de tarieven en economie

Aanvullend 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, in de mate dat de ontworpen regeling er bijkomend toe strekt de negatieve gevolgen van een eventueel faillissement van een energieleverancier of tussenpersoon op de ruimere, nationaal georganiseerde markt te vermijden. Er dient daarbij vermeld te worden dat het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem zijn oorsprong ook ten dele vindt in het effect van de geëxplodeerde marktprijzen op het (sociale) prijsbeleid, wat een federale bevoegdheid uitmaakt (Parl.St. Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 103). Enerzijds, is er rekening te houden met het feit dat de groothandelsmarktprijzen van elektriciteit en aardgas, die in zeer belangrijke mate aan de basis liggen van het hierboven geïdentificeerde liquiditeitsprobleem van leveranciers en tussenpersonen, worden bepaald op de groothandelsmarkten, die nationaal gereguleerd zijn, bovendien door de federale overheid in het kader van haar bevoegdheid inzake de tarieven en het prijsbeleid in de zin van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI. Anderzijds, is het zo dat het sociaal tarief, dat eveneens door de federale overheid wordt bepaald momenteel aanzienlijk lager is dan de huidige commerciële energieprijzen, wat de liquiditeitsnoden van leveranciers verder in de hand werkt. De ontworpen regeling is vanuit die optiek een flankerende maatregel die ertoe strekt de consequenties van de regeling inzake het (sociale) prijsbeleid in hoofdte (van de liquiditeitspositie) van de leveranciers

te verzachten door het verstrekken van een staatswaarborg, die in hoofdzaak moet toelaten dat de betrokken leveranciers nog steeds op de groothandelsmarkt kunnen handelen en daar de vereiste volumes aardgas en elektriciteit kunnen aankopen om de Belgische markt te beleveren.

#### 5. Reactie op het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State

In haar advies erkent de afdeling wetgeving van de Raad van State het gunstige effect van de ontworpen waarborgregeling op het evenwicht op het transmissienet en op de bevoorradingszekerheid. Zij betwijfelt evenwel dat de vooropgestelde regeling haar grondslag kan vinden in de federale voorbehouden bevoegdheid inzake het vervoer van elektriciteit en gas via het transmissienet. Het verband tussen de financiële ondersteuning en de in artikel 6, §1, VII, tweede lid, c) BWHI bedoelde "grote infrastructures" zou "veeleer onrechtstreeks zijn".

De Raad van State sluit finaal echter niet uit dat de federale overheid bevoegd is voor de financiële ondersteuning van leveranciers en tussenpersonen. Een dergelijke regeling zou echter teruggesnoeid dienen te worden, zodat zij enkel van toepassing is op leveranciers en tussenpersonen die actief zijn op het transmissienet. Volgens de afdeling wetgeving is 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 gedrang komt" een maatregel die in belangrijke mate tot de bevoegdheid van de gewesten moet worden gerekend.

Het is echter niet omdat de ontworpen waarborgregeling ook openstaat voor leveranciers en tussenpersonen die (ook) "actief" zijn op het distributienet dat daaruit ipso facto zou voortvloeien dat de federale overheid onbevoegd zou zijn om een regeling te treffen t.a.v. deze personen. Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State zelf opmerkt, moet rekening worden gehouden met de inhoud en de aard van de regeling. Welnu, de inhoud en de aard van de ontworpen regeling is niet van die aard dat daarmee op het bevoegdheidsterrein van de gewesten zou worden getreden. De regeling strekt er immers niet hoofdzakelijk toe te vermijden dat de levering door een welbepaalde leverancier aan zijn eindafnemers in het gedrang komt, zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State schijnbaar meende. Zoals hierboven reeds omstandig werd geargumenteed, beoogt de ontworpen waarborgregeling het evenwicht op het transmissienet en de bevoorradingszekerheid te vrijwaren. Deze doelstellingen houden ontegensprekelijk verband met (de uitoefening van) de federale voorbehouden bevoegdheid (cf. supra).

Het criterium waarop de afdeling wetgeving haar analyse steunde, zijnde het (al dan niet) actief zijn op het transmissienet c.q. distributienet, is in de context van de voorliggende regeling niet relevant om bevoegdheidsrechtelijk te determineren welke overheid in casu een staatwaarborg kan verstrekken. Nog los van het feitelijke gegeven dat velen van de betrokken ondernemingen ook op het transmissienet actief zijn, wordt door het gebruik van dit criterium ten onrechte abstractie gemaakt van het feit dat de activiteiten van leveranciers en tussenpersonen die actief zijn op het distributienet wel degelijk een impact hebben die het distributienet overstijgt, zoals hierboven reeds omstandig aangetoond. De vaststelling of een leverancier of tussenpersoon actief is op het transmissienet of (ook) actief is op het distributienet is in het kader van de voorliggende regeling dan ook niet bepalend om de draagwijdte te bepalen (c.q. te beperken) van de federale voorbehouden bevoegdheid.

In diezelfde zin, in een eerder advies nr. 60.616/3 van 4 januari 2017, dat betrekking had op de problematiek van de vraagflexibiliteit, stelde de Raad van State overigens zelf: "de (...) bepalingen (...) vallen (...) binnen de federale bevoegdheid voor zover ze betrekking hebben op eindafnemers die rechtstreeks zijn aangesloten op het transmissienet of op dienstverleners van flexibiliteit die, gelet op de omvang van hun portefeuille van (andere) eindafnemers, een invloed hebben op het evenwicht op het transmissienet". De Raad beschouwde dus niet het net waar de eindafnemers op zijn aangesloten, maar wel de invloed die de dienstverlener kan hebben op het evenwicht van het transmissienet als het bevoegdheidsrechtelijk criterium om de federale bevoegdheid af te bakenen ten opzichte van de gewestelijke bevoegdheid.

Zoals gesteld tracht de ontworpen waarborgregeling precies dat evenwicht van het transmissienet en de bevoorradingszekerheid te waarborgen, door te voorzien in een staatswaarborg die pertinent is op het niveau van de groothandelsmarkten. De loutere omstandigheid dat een faillissement van een leverancier of een tussenpersoon ook een "negatieve impact op de klanten van leveranciers" zou hebben, maakt de federale overheid geenszins onbevoegd om de ontworpen waarborgregeling aan te nemen. Hier anders over oordelen zou overigens dwingen tot een situatie waarin elk van de drie gewesten een financiële waarborg zou moeten verstrekken aan leveranciers of tussenpersonen die actief zijn op het distributienet, veelal op het gehele Belgische grondgebied, om de hierboven geïdentificeerde gevolgen van het liquiditeitsprobleem van de betrokken ondernemingen te ondervangen. Zoals gezegd, situeren de gevolgen van dat liquiditeitsprobleem zich

nochtans niet op het niveau de levering aan de eindconsument (en diens betalingen aan zijn leverancier), maar op het niveau van de groothandelsmarkten, die nationaal gereguleerd zijn, bovendien door de federale overheid. Het zou niet coherent zijn dat de contracten die door de betrokken leveranciers en tussenpersonen op deze federaal geregelende energiemarkten afsluiten, gewaarborgd zouden worden (of niet) door desgevallend meerdere, afzonderlijke financiële waarborgen die, eventueel, door de gewesten worden verstrekt. Bovendien zou bij een dergelijk niet-gelijktijdig of niet-identiek optreden van alle gewesten het risico op faillissement gewoon verschuiven naar (de activiteiten van de betrokken onderneming in) de andere gewesten.

In tegenstelling tot wat de afdeling wetgeving lijkt aan te nemen, diende er ook geen voorafgaand overleg te worden gepleegd met de gewesten over de ontworpen regeling. Gelet op wat voorafgaat, is het immers duidelijk dat de ontworpen waarborgregeling steunt op een bevoegdheid vervat in artikel 6, §1, VII BWHI die uitdrukkelijk werd voorbehouden aan de federale overheid. Het gaat dus niet om “een maatregel op het gebied van het energiebeleid, buiten de bevoegdheden opgesomd in § 1, VII,” als bedoeld in artikel 6, §3, 2°, BWHI.

Er is evenmin sprake van een regeling die betrekking heeft op de grote lijnen van het energiebeleid in de zin van artikel 6, §3, 3° BWHI. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof vloeit voort dat maatregelen die geen structurele weerslag hebben op (het beheer van) het transmissienet of op de bevoorradingszekerheid hier niet onder vallen (GwH 8 juli 2010, nr. 84/2010). De ontworpen waarborgregeling heeft geen structurele draagwijdte: het gaat namelijk om een regeling die zowel qua voorwerp als qua tijdsduur sterk beperkt wordt. Evenmin worden er nieuwe beleidskeuzes gemaakt. De ontworpen regeling wil enkel het zeer acute liquiditeitsprobleem verhelpen waar de leveranciers en tussenpersonen van elektriciteit en gas momenteel mee geconfronteerd worden naar aanleiding van een al even acute energiecrisis ten gevolge van een eveneens acuut internationaal conflict. Zij is enkel van toepassing op de leveranciers of tussenpersonen die voldoen aan de voorwaarden van het ontworpen besluit, en dit slechts gedurende de beperkte periode wanneer de staatswaarborg kan worden verleend (i.e. tot uiterlijk 31 maart 2023). Het gaat dus niet om een maatregel die “de grote lijnen van het nationaal energiebeleid” bepaalt. De overlegverplichting uit artikel 6, §3, 2° en 3° BWHI is niet van toepassing.

In ieder geval werd overleg gehouden met de vertegenwoordigers van de gewestelijke ministers van energie. Zij hebben bevestigd geen bezwaren te hebben tegen dit federale optreden.

#### 6. Impliciete bevoegdheden

Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat de afdeling wetgeving van de Raad van State evenmin heeft uitgesloten dat op de impliciete bevoegdheden een beroep wordt gedaan. Zij aanvaardde overigens eerder al dat het “denkbaar [is] dat een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden, indien zou worden aangetoond dat de ontworpen bepaling noodzakelijk is om [de federale voorbehouden bevoegdheid inzake “de grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie”] uit te oefenen” (Adv. RvS 57.210/3 van 3 april 2015).

Welnu, zelfs als zou aangenomen worden dat de ontworpen regeling niet volledig kan worden ingepast binnen de federale voorbehouden bevoegdheid “inzake “de grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie”, quod non, dan dient in het licht van wat voorafgaat te worden besloten dat de ontworpen regeling kan worden aangenomen op grond van de impliciete bevoegdheden. Het is immers evident (i) dat de ontworpen regeling noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van een eigen (voorbehouden) federale bevoegdheid, (ii) dat de betreden gewestaangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en (iii) dat het optreden van de federale overheid slechts een marginale weerslag heeft op (de uitoefening van) de betrokken gewestbevoegdheid.

De ontworpen regeling is immers noodzakelijk voor de uitoefening van de voorbehouden federale bevoegdheden op het vlak van het energiebeleid. Overigens is de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste in de eerste plaats een opportuniteitskwestie. De relevante toets is bijgevolg of het niet kennelijk onjuist was om te oordelen dat het voor de uitoefening van een eigen bevoegdheid noodzakelijk was om ook bepalingen aan te nemen die kaderen binnen een aangelegenheid die behoort tot de bevoegdheid van een andere overheid (GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, B.7 en GwH 30 april 2003, nr. 49/2003, B.8.3. In dezelfde zin Adv. RvS 58.510/3 van 18 december 2015). Het kan daarbij zelfs volstaan dat het ter beschikking stellen van financiële middelen aan bepaalde instellingen (die al dan niet afhangen van een andere overheid) bijdraagt aan de uitoefening van de eigen bevoegdheden (GwH 4 maart 2021, nr. 38/2021, B.12.3).

De concrete noodzaak om te voorzien in een financiële ondersteuning door middel van het verlenen van een staatswaarborg aan leveranciers en tussenpersonen vloeit in casu voort uit de imminente bedreiging van

de stabiliteit van het transmissienet en de bevoorradingszekerheid indien een leverancier of tussenpersoon zich in een toestand van faillissement zou bevinden, wanneer hij niet van de ontworpen waarborgregeling gebruik zou kunnen maken.

Daarnaast leent de geregelde aangelegenheid (i.e. een overheids-garantie voor energieleveranciers en tussenpersonen) zich tot een gedifferentieerde regeling. De afdeling wetgeving van de Raad van State merkt in haar advies overigens zelf op dat leveranciers en tussenpersonen in de regel actief zijn in meerdere gewesten en zij nu reeds rekening moeten houden "met de verscheidenheid in regelgeving van die verschillende gewesten". Op heden bestaat er geen gelijkaardige gewestelijke waarborgregeling, maar de ontworpen regeling staat een gewestelijke regeling, voor zover die binnen de gewestbevoegdheden ingepast kan worden, geenszins in de weg.

Tot slot is ook de weerslag van de betrokken bepalingen op de eventuele gewestelijke bevoegdheden marginaal, nu de ontworpen regeling enkel van toepassing is op de leveranciers of tussenpersonen die voldoen aan de voorwaarden van het ontworpen besluit, en dit slechts gedurende de beperkte periode waarin de staatswaarborg kan worden verleend (i.e. tot uiterlijk 31 maart 2023).

Evenmin is het zo dat de ontworpen waarborgregeling de uitoefening van de bevoegdheden van de gewesten op enigerlei wijze zou verhinderen of bemoeilijken. Zeker niet in de hypothese die hier aan de orde is, nl. dat er voor een dergelijke gewestelijke regeling een bevoegdheidsrechtelijke grondslag zou bestaan, belet het bestaan van de ontworpen regeling hoegenaamd niet dat de gewesten, gezamenlijk of elk wat hen betreft, een gewestelijke waarborgregeling uitwerken voor (bepaal)de leveranciers van elektriciteit en aardgas en eventueel ook voor bepaalde tussenpersonen.

Ik heb de eer te zijn,

Sire,  
van Uwe Majesteit,  
de zeer eerbiedige  
en zeer getrouwe dienaar,  
De Minister van Financiën,  
V. VAN PETEGHEM  
De Minister van Energie,  
T. VAN DER STRAETEN