

Het tijdstip waarop de CREG kan overgaan tot de intrekking is onduidelijk. Overeenkomstig de Franse tekst van het eerste lid van de ontworpen paragraaf 17 kan de controle die kan leiden tot de intrekking gebeuren “à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction”, terwijl in de Nederlandse tekst in een grammaticaal gebrekkige zin wordt gesteld dat dit gebeurt “de sluiting van het capaciteitscontract” (zonder voorzetsel). In dit verband om verdere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Er wordt beoogd om de CREG te machtigen om na de sluiting van een capaciteitscontract de voorwaarden voor de toegekende uitzondering op de intermediaire prijslimieten te controleren. In die optiek zou de tekst kunnen worden aangepast als volgt:

‘§ 17. Na de selectie van een bod voor een eenheid van de capaciteitsmarkt, of biedingen voor eenheden van de capaciteitsmarkt indien het gekoppelde capaciteiten betreft, op een veiling die vier jaar vóór de periode van capaciteitslevering wordt georganiseerd en waarvoor de derogatieaanvraag geldt, en na de sluiting van het capaciteitscontract voor deze transactie, heeft de commissie tot taak de relevantie te controleren van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt.’

‘§ 17. Postérieurement à la sélection d’une offre pour une unité du marché de capacité, ou des offres pour des unités du marché de capacité s’il s’agit de capacités liées, lors d’une mise aux enchères organisée quatre ans avant la période de fourniture de capacité et pour laquelle la demande de dérogation s’applique, et postérieurement à la conclusion du contrat de capacité pour cette transaction, la commission est chargée de vérifier la pertinence des éléments identifiés comme déterminants lors de l’octroi de la dérogation.’”

De gemachtigde deelde voorts mee dat het derde lid van het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 als volgt zou moeten worden geherformuleerd:

“Op basis van haar bevindingen kan de commissie de derogatie intrekken indien één van de volgende omstandigheden leidt tot resultaat in een verwachte ‘missing-money’ dat lager is dan de intermediaire maximumprijs met betrekking tot de veiling waarop de derogatieaanvraag betrekking had: in de volgende gevallen:

1° de oorspronkelijk geplande investeringen niet worden uitgevoerd of het bedrag ervan wordt verlaagd, en/of;

2° een verhoging van de in paragraaf 2, tweede lid, 3°, bedoelde inkomstenvooruitzichten ten opzichte van de oorspronkelijke begroting, die uitsluitend of hoofdzakelijk het gevolg is van keuzes die de aanvrager heeft gemaakt na de toekenning van de derogatie. leidt tot een verwachte “missing-money” dat lager is dan de intermediaire maximumprijs met betrekking tot de veiling waarop de derogatieaanvraag betrekking had.”

Gevraagd naar verdere toelichting over de rechtsgrond voor het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De nieuwe bepaling vervat in het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 vindt zijn rechtsgrond in artikel 7undecies, § 2, derde lid van de elektriciteitswet dat luidt als volgt (eigen onderlijning):

‘De Koning bepaalt bij besluit, vastgesteld na overleg in de Minister-raad, de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en), na raadpleging van de marktdeelnemers. Een individuele uitzondering wordt toegekend door de commissie.’

Bovenstaande machtiging aan de Koning om de methode en voorwaarden te bepalen tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) en bovenstaande machtiging aan de CREG om die uitzonderingen geval per geval toe te kennen, impliceert ons inziens dat de niet voldoening van voornoemde voorwaarden dergelijk recht op de uitzondering doet vervallen, waarbij de CREG opnieuw geval per geval de door haar toegekende uitzondering opnieuw moet kunnen intrekken. Dit sluit ook aan bij de bevoegdheid van de CREG tot het houden van toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme en het vermijden concurrentievervalsingen.

De bevoegdheid om een uitzondering toe te kennen impliceert de bevoegdheid om een aanvraag om uitzondering te weigeren. In dat opzicht voorziet artikel 7undecies, § 11, laatste lid, van de elektriciteitswet in een van rechtswege aanpassing van de capaciteitsvergoeding indien de CREG een initiële aanvraag van een uitzondering op de intermediaire prijslimiet weigert. In diezelfde zin lijkt de bevoegdheid om een uitzondering toe te kennen eveneens de bevoegdheid te impliceren om een toegekende uitzondering in te trekken zodra de voorwaarden niet langer voldaan zijn.”

Artikel 7*undecies*, § 11, laatste lid, van de Elektriciteitswet luidt als volgt:

“In geval de commissie overeenkomstig artikel 7*undecies*, § 2, derde lid, de individuele derogatie van de intermediaire prijslimiet weigert, wordt de capaciteitsvergoeding van rechtswege aangepast. Deze beslissing doet geen afbreuk aan het resultaat van de veiling.”

Met de argumentatie van de gemachtigde kan niet worden ingestemd. Uit de aangehaalde wetsbepaling blijkt dat de CREG beschikt over de wettelijke bevoegdheid om een derogatie toe te kennen en te weigeren, maar er wordt geen uitdrukkelijke machtiging verleend om ook de intrekking van die derogatie door de CREG te regelen. Er zou nog kunnen worden aanvaard dat de Koning, desgevallend met een beroep op de algemene uitvoeringsbevoegdheid vervat in artikel 108 van de Grondwet, zou kunnen voorzien in de opheffing door de CREG van een reeds toegekende derogatie voor de toekomst, wanneer zou blijken dat niet (langer) is voldaan aan de voorwaarden om de derogatie toe te kennen. Uit de aangehaalde wetsbepaling kan evenwel niet worden afgeleid dat een dergelijk verregaande maatregel als een intrekking van die derogatie zou kunnen worden getroffen (en aan de CREG worden opgedragen), nog daargelaten de vraag of de intrekking, zoals die bij de ontworpen bepaling mogelijk wordt gemaakt, toelaatbaar zou zijn in het licht van de algemene beginselen die gelden voor de intrekking van individuele bestuurlijke rechtshandelingen. Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt immers dat het de bedoeling is om de CREG de mogelijkheid te bieden retroactief in te grijpen op contractuele afspraken,² wat een vrij verregaande beperking inhoudt van het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Er kan daarvoor ook niet worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, aangezien nergens uit blijkt dat de wetgever een dergelijke maatregel voor ogen had bij de uitwerking van de regeling inzake de derogatie of dat een dergelijke maatregel noodzakelijk is voor de effectieve toepassing van die regeling, rekening houdende met de algemene economie van de wet, zoals die moet worden afgeleid uit de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en uit de doelstellingen die de wetgever nastreefde.³

De stellers van het ontwerp beogen voorts dat de CREG voor de controle die aanleiding kan geven tot de intrekking van de derogatie, gebruik kan maken van de onderzoeksbevoegdheden vermeld in artikel 26, § 1*ter*, van de Elektriciteitswet. Die onderzoeksbevoegdheden zijn naar luid van die wetsbepaling evenwel beperkt tot de toepassing van de artikelen 3, 4 en 5 van verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 ‘betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie’ (in essentie het verbod op handel met voorwetenschap, de verplichte openbaarmaking van voorwetenschap en het verbod op marktmanipulatie) en van de artikelen 7*undecies*, § 13, 7*duodecies*, 22*ter* en 22*quater* van de Elektriciteitswet. Artikel 7*undecies*, § 13, van de Elektriciteitswet maakt op zijn beurt melding van “het toezicht op de goede werking van het capaciteitsvergoedingsmechanisme” en maakt de CREG met name bevoegd om na te gaan “of de prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken”. Uit die wetsbepaling kan evenwel niet worden afgeleid dat de CREG bevoegd kan worden gemaakt om, zoals uit de ontworpen bepaling blijkt, “de relevantie te controleren van de elementen die bij de toekenning van de derogatie als doorslaggevend zijn aangemerkt” met het oog op de intrekking van die derogatie.

Uit het voorgaande volgt dat voor het ontworpen artikel 22, § 17, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 geen rechtsgrond bestaat en dat deze bepaling moet worden weggelaten uit het ontwerp.

Vormvereisten

5. De vraag rijst of de ontworpen wijzigingen van het koninklijk besluit van 28 april 2021 ook gevolgen hebben voor de voorwaarden voor of de intensiteit van de staatssteunregeling die vervat is in het capaciteitsvergoedingsmechanisme (hierna: CRM). Indien dat het geval is, moeten de ontworpen wijzigingen, indien ze nog niet aan bod zijn gekomen in de staatssteunbeslissing van de Europese Commissie over het CRM,⁴ eveneens worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ en verordening (EU) 2015/1589⁵.

De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Zoals het Hof van Justitie in haar arrest van 5 maart 2019 met nummer C-585/17 reeds heeft opgemerkt vormt de aanmeldingsverplichting krachtens artikel 108, lid 3, VWEU, die nader is uitgewerkt in

artikel 2 van verordening nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het verdrag betreffende de werking van de Europese unie, thans artikel 2 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, namelijk één van de fundamentele aspecten van het bij het VWEU ingevoerde controlesysteem op het gebied van staatssteun.

Artikel 4, lid 1, van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, bepaalt in dat verband dat '1. Voor de toepassing van artikel 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 659/1999 wordt onder een wijziging in bestaande steun iedere wijziging verstaan, met uitzondering van aanpassingen van louter formele of administratieve aard die de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt niet kunnen beïnvloeden. Een verhoging van de oorspronkelijk voor een bestaande steunregeling voorziene middelen met maximaal 20 procent, wordt echter niet als een wijziging van bestaande steun beschouwd'.

Het Hof van Justitie heeft dienaangaande reeds geoordeeld dat een wijziging niet als louter formeel of administratief in de zin van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 794/2004 kan worden aangemerkt wanneer zij invloed kan hebben op de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt (HvJ 13 juni 2013, HGA e.a./Commissie, C[00e2][0080][0091]630/11 P–C[00e2][0080][0091]633/11 P, EU:C:2013:387, punt 94).

Om vast te stellen of de eventuele beoogde wijziging een wijziging van de steunregeling betreft die van invloed kan zijn op de beoordeling van de verenigbaarheid ervan met de interne markt, in welk geval zij moet worden beschouwd als een 'wijziging van bestaande steun' en dus als 'nieuwe steun' waarvoor de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU geldt, moet rekening worden gehouden met zowel de aard en de draagwijdte van deze wijziging als met de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021, onder zaaknummer SA.54915. (HvJ 28 oktober 2021, gevoegde zaken C-915/19 tot C-917/19, punt 42.)

Echter betreffen de beoogde wijzigingen ons inziens geen wijzigingen die beschouwd moeten als 'nieuwe steun' overeenkomstig artikel 4, lid 1 van Verordening 794/2004 gelet op dat dit geen fundamentele wijzigingen betreffen ten opzichte van koninklijk besluit van 28 april 2021 en de bespreking hiervan in de Staatsteunbeslissing van de Europese Commissie van 27 augustus 2021.

Het betreft ons inziens namelijk in de eerste plaats een operationele wijziging, bedoeld om het proces efficiënter en duidelijker te maken. Het gaat er niet om het beginsel van het IPC of de structurele elementen ervan te wijzigen.

Niettemin dient opgemerkt te worden dat DG COMP in kennis is gesteld van ons voornemen om de opzet van het CRM te ontwikkelen. Dankzij de wekelijkse besprekingen met de Europese autoriteiten kunnen wij het officiële kennisgevingsdossier voorbereiden indien wij de bevestiging krijgen dat een officiële kennisgeving noodzakelijk is. Zo ja, dan wordt tegen juni 2023 een besluit verwacht, hoewel wordt verwacht dat desgevallend slechts een eenvoudige kennisgeving aan de Commissie voldoende zal zijn."

Er kan niet worden ingestemd met de zienswijze dat het ontwerp louter formele of administratieve wijzigingen zou inhouden. Zo wordt door verscheidene bepalingen (de artikelen 1, 4, 3°, en 5, 2°, o), 5° en 7°, van het ontwerp) voorzien in een nieuwe koppeling van kosten en resultaten die relevant zijn voor diverse berekeningen aan de verwachte evolutie van de consumentenprijsindex. Het betreft dan ook een significante wijziging van het bestaande systeem, die wel degelijk gevolgen kan hebben voor de voorwaarden of de intensiteit van de staatssteunregeling die vervat is in het CRM, zodat de aanmelding bij de Europese Commissie alsnog vereist is.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁶ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

Algemene opmerking

6. Gelet op zowel het technische karakter als het intrinsieke belang van de ontworpen regeling, verdient het aanbeveling om samen met het te nemen besluit een verslag aan de Koning bekend te maken waarin de bedoelingen van de stellers van het ontwerp worden verduidelijkt en waarin de in het ontwerp gemaakte keuzes worden verantwoord.

7. In de bepalingen die worden ingevoegd door de artikelen 1, 4, 3°, 5, 2°, o), en 7°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een koppeling van kosten en resultaten die relevant zijn voor diverse berekeningen aan “de verwachte evolutie van de consumentenprijsindex” en “de verwachte evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijzen” (in het Franse tekst telkens vermeld als “l'évolution attendue de l'indice des prix à la consommation”).⁷

Op de vraag of deze “verwachte” evolutie onzeker is, dan wel gebaseerd is op bepaalde objectieve elementen, antwoordde de gemachtigde:

“Er wordt gewag gemaakt van de verwachte ontwikkeling van de consumentenprijsindex omdat dit een voorspelling blijft van de ontwikkeling van de prijzen tot aan de leveringsperiode, die verschillende jaren na het moment van berekening van de maximale tussenprijzen of de netto kosten van een nieuwkomer en dus ook van het koninklijk besluit tot afkondiging daarvan kan plaatsvinden. Deze ontwikkeling is dus een prognose, maar zij zal gebaseerd zijn op de cijfers van het Federaal Planbureau, dat regelmatig voorspellingen maakt betreffende de consumentenprijsindex.”

Met het oog op de rechtszekerheid is het dan ook raadzaam om in de tekst van het ontwerp te verduidelijken dat de prognose is gebaseerd op de gegevens van het Federaal Planbureau. De gemachtigde preciseerde eveneens dat het de netbeheerder is die de berekening maakt, veeleer dan de aanvrager van een derogatie, hetgeen dan ook in de tekst van het ontwerp tot uiting moet komen.

Onderzoek van de tekst

Aanhef

8. Gelet op hetgeen is uiteengezet met betrekking tot de rechtsgrond, moet de verwijzing in de aanhef naar artikel 108 van de Grondwet worden weggelaten.

Artikel 1

9. Artikel 2, 2°, b), van het ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 4 juni 2021 tot vaststelling van de investeringsdrempels, de criteria voor het in aanmerking komen van investeringskosten, en de procedure van klassering’ waarover advies 73.577/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies, strekt tot de vervanging van de definitie van “dagelijks programma”. Dit begrip wordt ook gedefinieerd in artikel 1, § 2, 15°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, maar die definitie wordt niet gewijzigd door het voorliggende ontwerp. Om te vermijden dat uiteenlopende definities worden gehanteerd in besluiten die rechtsgrond vinden in eenzelfde wet, is een parallelle aanpassing van artikel 1, § 2, 15°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 raadzaam.

Artikel 5

10. De in artikel 5, 1°, b), van het ontwerp vervatte wijziging van artikel 22, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021 leidt tot een nodeloze herhaling van de zinsnede “een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs”. De gemachtigde formuleerde het volgende tekstvoorstel voor artikel 5, 1°, om dit probleem te verhelpen:

“1° in paragraaf 1 worden de volgende wijzigingen aangebracht:

a) in het eerste lid worden de woorden ‘Een derogatieaanvrager’ vervangen door de woorden ‘Een capaciteitshouder’;

b) in het eerste lid worden de woorden ‘een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs,’ ingevoegd tussen de woorden ‘waaraan hij wenst deel te nemen,’ en de woorden ‘per eenheid in de capaciteitsmarkt’;

c) in het eerste lid worden de woorden ‘een derogatie van de in artikel 15 bedoelde intermediaire maximumprijs’ opgeheven;

c) d) in het tweede lid worden de woorden ‘van het jaar van de veiling’ ingevoegd tussen de woorden ‘uiterlijk op 31 maart’ en de woorden ‘een tabel die,’.

Met dat tekstvoorstel kan worden ingestemd, althans indien in de Franse tekst het woord “supprimés” wordt vervangen door het woord “abrogés” en indien in punt c) wordt gepreciseerd dat de zinsnede tussen de woorden “betreft,” en “aan te vragen” wordt beoogd.

11. In de bepalingen die worden ingevoegd bij artikel 5, 2°, o), en 5°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van respectievelijk de schatting en de beoordeling van “het inkomen”. De gemachtigde bevestigde dat daarmee “de inkomsten” worden bedoeld die worden vermeld in artikel 20, 4°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021. Het is dan ook die laatste term die moet worden gebruikt.

12. Aan de gemachtigde werd gevraagd wat wordt bedoeld met het begrip “economische dispatch” in het ontworpen artikel 22, § 7, tweede lid, 3° en 4°, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, zoals in te voegen bij artikel 5, 5°, van het ontwerp. De gemachtigde antwoordde:

“De ‘economische dispatch’ komt overeen met de bepaling van de ‘merit order’ van de installaties. De ‘economische dispatch’ bepaalt welke eenheid door de markt zal worden geactiveerd in functie van haar variabele kosten en de te dekken vraag. Eerst wordt de eenheid met de laagste variabele kosten geactiveerd.”

Dit zou beter worden verduidelijkt in de tekst van het ontwerp of in het verslag aan de Koning (zie opmerking 6).

13. Het verdient aanbeveling om met het oog op de duidelijkheid van de tekst, in de plaats van de woorden “Zo niet” in het ontworpen artikel 22, § 11, tweede lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021, zoals te vervangen bij artikel 5, 8°, van het ontwerp, te schrijven: “Als het verwachte niveau van het ‘missing money’ kleiner is dan of gelijk is aan de intermediaire maximumprijs”.

14. De regeling waarbij een kennisgeving kan gebeuren “per aangetekend schrijven [of per e-mail] met ontvangstbevestiging” (ontworpen artikel 22, § 11, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 28 april 2021) geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid. De vierkante haakjes moeten worden weggelaten en er moet, zoals de gemachtigde verduidelijkte, worden aangegeven dat de voorwaarde van de ontvangstbevestiging enkel betrekking heeft op de e-mail.

De griffier,
Yves DEPOORTER

De voorzitter,
Jeroen VAN NIEUWENHOVE

Nota's

1 Het koninklijk besluit van 28 april 2021 werd een eerste maal gewijzigd met betrekking tot de parameters die moesten worden gebruikt bij de eerste veiling, bij het koninklijk besluit van 4 juli 2021 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'. Een tweede wijziging betrof het invoeren van een aanvullende risicopremie voor investeringskosten met een economische levensduur van meer dan drie jaar in de berekeningsmethode voor het capaciteitsvergoedingsmechanisme, bij het koninklijk besluit van 27 januari 2022 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 2021 tot vaststelling van de parameters waarmee het volume aan te kopen capaciteit wordt bepaald, inclusief hun berekeningsmethode, en van de andere parameters die nodig zijn voor de organisatie van de veilingen, alsook de methode en voorwaarden tot het verkrijgen van individuele uitzonderingen op de toepassing van de intermediaire prijslimiet(en) in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'.

2 Die mogelijkheid wordt overigens niet in de tijd beperkt door het ontwerp en zou dus in beginsel voor de volledige looptijd van het contract kunnen gebeuren.

3 Cass. 18 november 1924, *Mertz*.

4 Europese Commissie, beslissing C(2021) 6431 final van 27 augustus 2021 (The Aid Scheme SA.54915 - 2020/C (ex 2019/N) - Belgium - Capacity remuneration mechanism), https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

5 Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 'tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie'.

6 Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

7 De Nederlandse tekst zou dan ook eenvormig moeten worden gemaakt.