

**RAAD VAN STATE afdeling Wetgeving
advies 75.981/16 van 3 mei 2024**

over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België'

Op 26 maart 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 6 mei 2024, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België'.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 30 april 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wvd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Tim CORTHAUT, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 mei 2024.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt hoofdzakelijk tot het reguleren van de concurrerende inschrijvingsprocedure voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

Het om advies voorgelegde ontwerp is een aangepaste versie van een eerdere tekst waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 11 januari 2024 advies 75.107/16 heeft gegeven.(1) In dat advies werd het ontwerp onderzocht in het licht van de regeling die is opgenomen in de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' (hierna: Elektriciteitswet).

De Raad van State verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen.(2) Sinds het voormelde advies zijn echter wijzigingen aan de Elektriciteitswet aangenomen door de (opgesplitste) wet 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen' en de wet 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'. Deze wetten werden op 22 april 2024 in tweede lezing aangenomen in de bevoegde parlementaire commissie(3) en op 25 april 2024 aangenomen door de Kamer van volksvertegenwoordigers.(4) Deze wetten zijn op datum van dit advies nog niet bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

Aangezien de juridische context waarbinnen de ontworpen regeling moet worden beoordeeld aanmerkelijk is gewijzigd sinds het voormelde advies, wordt het nu om advies voorgelegde ontwerp onderzocht om na te gaan of het in overeenstemming is met de Elektriciteitswet zoals die zal luiden na de inwerkingtreding van de voornoemde wetten.

Het ontwerp bevat, in vergelijking met de eerder onderzochte versie, bovendien een aantal nieuwe bepalingen die niet louter als wijzigingen ten gevolge van in het eerdere advies gemaakte opmerkingen kunnen worden beschouwd. In essentie zijn – zuiver formele wijzigingen buiten beschouwing gelaten – de volgende bepalingen in het ontwerp geheel of gedeeltelijk nieuw:

- een wijziging van de definitie van "elektriciteitsreferentieprij" (artikel 1, § 2, 25°);
- een wijziging van bepaalde voorwaarden waaraan de aanvraag moet voldoen (artikel 7, 2°, 3°, en 12°);
- een wijziging van bepaalde maximumtermijnen (artikelen 8, § 4 en 11, § 2);
- een wijziging van de regels inzake referenties (artikel 16, § 1);

- een wijziging van de regels met betrekking tot de ontmantelingsfase (artikelen 39, § 3, en 53, § 1, 4°);
- een wijziging van bepaalde regels inzake steunmaatregelen voor de concessiehouder (artikelen 40 tot 52);
- een wijziging en invoeging van regels die verband houden met provisies en waarborgen (artikelen 35, § 1, 21°, en 57);
- een invoeging van regels die verband houden met de aanvraag tot wijziging van een domeinconcessie (artikel 60, §§ 1 en 2);
- terwijl voordien alleen de minister besliste over de wijziging van een domeinconcessie, komt die beslissingsbevoegdheid nu toe aan de concessieverlenende overheid(5) (artikelen 60, §§ 1 en 2, en 63);

- een regeling waarbij een overdracht van een domeinconcessie slechts kan plaatsvinden mits de instemming van de minister (artikel 65, derde lid).

RECHTSGROND

3. Het onderzoek van de rechtsgrond is gebeurd met inachtneming van de in opmerking 2 vermelde wijzigingsbepalingen van de Elektriciteitswet, waarbij – voor zover nog relevant in het licht van de deels gewijzigde rechtsgrond biedende bepalingen – tevens rekening is gehouden met de rechtsgrondanalyse in het reeds genoemde advies 75.107/16. De Raad van State, afdeling Wetgeving, gaat er daarbij vanuit dat het te nemen besluit niet in werking zal treden voordat de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’ en de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ in werking zullen zijn getreden en al die normen in het *Belgisch Staatsblad* zullen zijn bekendgemaakt.

3.1. Op de datum waarop dit advies wordt uitgebracht, bestaat er ook na het aannemen van de voornoemde wetten nog onzekerheid over de rechtsgrond voor artikel 36 van het ontwerp.(6) Artikel 36, tweede en vijfde lid, van het ontwerp verwijst immers – in afwijking van de gecoördineerde wetten op de Raad van State – naar de termijn van vijftien dagen om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen. Die termijn is opgenomen in het ontworpen artikel 6/3, § 3, laatste lid, van de Elektriciteitswet, dat wordt ingevoerd via een wetsontwerp dat is afgesplitst van het wetsontwerp dat in de monocamerale procedure is aangenomen.(7) De ontworpen bepaling luidt:

“Op straffe van niet-ontvankelijkheid, kan een vordering tot schorsing met betrekking tot de beslissing tot toekenning van de domeinconcessie slechts worden ingediend binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen vanaf de kennisgeving vastgesteld overeenkomstig het tweede lid. Het bewijs van spoedeisendheid is voor voornoemde vordering tot schorsing niet vereist.”

Er bestaat op de datum van dit advies nog onzekerheid of de Senaat zijn evocatierecht overeenkomstig artikel 78, § 2, eerste lid, van de Grondwet zal uitoefenen voor wat betreft het wetsontwerp met de aangehaalde bepaling.

Artikel 36 van het ontwerp kan niet worden aangenomen voordat die wet is aangenomen volgens de parlementaire procedure bepaald in artikel 78 van de Grondwet.

3.2. Wat betreft de rechtsgrond voor de nieuwe bepalingen van het ontwerp, valt op te merken dat het nieuwe artikel 51, derde lid, van het ontwerp rechtsgrond vindt in de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 6/3, § 12, van de Elektriciteitswet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In advies 75.617/16 van 20 maart 2024 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de nog af te kondigen wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’ stelde de Raad van State, afdeling Wetgeving:

“10. Artikel 2, 1°, van het voorontwerp strekt ertoe in artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet een machtiging in te voegen waarbij de Koning een maximumprijs kan instellen voor de verkoop door de domeinconcessiehouder van de geproduceerde hernieuwbare elektriciteit. De tekst van de nieuwe machtiging in punt 12° maakt geen melding van bepaalde doelgroepen (‘maximumprijs voor de eindafnemers’) en ook de memorie van toelichting maakt op algemene wijze melding van ‘eindgebruikers’.

In het in opmerking 2 vermelde advies 75.107/16 van 11 januari 2024 stelde de afdeling Wetgeving onder meer het volgende inzake de mogelijkheden die het Europees recht biedt om in te grijpen op de prijsstelling voor de levering van elektriciteit:

‘4.3.2. (...) Het verslag aan de Koning omvat weliswaar een repliek op de opmerkingen van de CREG, maar die toelichting gaat eraan voorbij dat artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’ overheidsingrijpen in de prijsstelling voor de levering van elektriciteit enkel mogelijk maakt voor specifieke categorieën van personen, namelijk ‘energiearme en kwetsbare huishoudelijke afnemers’ en dan ook nog enkel onder zeer strikte voorwaarden,(8) terwijl het toepassingsgebied van artikel 42 van het ontwerp veel ruimer is en de maximumprijs geldt voor alle afnemers van de energieproductie die onder de carve-out valt. De voorliggende regeling lijkt bijgevolg

onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbevestiging, wat bovendien gevolgen kan hebben voor de beoordeling door de Europese Commissie van de verenigbaarheid van het ontworpen steunmechanisme met de interne markt. Bijgevolg zal slechts in een specifieke rechtsgrond kunnen worden voorzien voor het instellen van een maximumprijs in de mate dat die maximumprijs enkel wordt gehanteerd ten aanzien van de doelgroepen die worden vermeld in artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 en onder de voorwaarden die in die bepaling worden vermeld.'

Gevraagd of het de bedoeling is dat de Koning aan de ontworpen machtiging uitvoering geeft rekening houdend met de hoger aangehaalde inzake de beperkingen met betrekking tot de doelgroepen die voortvloeien uit het Europees recht, stelde de gemachtigde:

'Het is de bedoeling dat de Koning de betreffende machtiging, zoals steeds, uitvoert overeenkomstig het Europees recht. In dat opzicht wordt momenteel getracht hieromtrent de beoogde regeling informeel af te toetsen met de Europese Commissie, onder meer in het licht van de interpretatie en de finaliteit van artikel 5 van richtlijn 2019/944. Artikel 5(6) van richtlijn (EU) 2019/944 voorziet naast "energiewaarme of kwetsbare huishoudelijke afnemers" ook in de mogelijkheid om prijsstelling toe te passen voor de levering van elektriciteit aan huishoudelijke afnemers en aan micro-ondernemingen die niet profiteren van overheidsingrijpen en dit met het oog op een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen en om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen.'

In dit verband wordt erop gewezen dat artikel 5, lid 6, van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU' eerder een algemene uitzonderingsgrond lijkt te zijn, die bovendien moet kaderen in "een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen" en dat tevens moet worden voldaan aan alle voorwaarden opgesomd in artikel 5, lid 4 en 7, van richtlijn (EU) 2019/944. De voorliggende regeling, die ertoe strekt een toekomstig mechanisme op te zetten voor een bepaalde productie uit hernieuwbare energie, voor de volledige duur van de concessies, lijkt bijgevolg onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbevestiging. Indien de stellers van het voorontwerp toch zouden beogen om artikel 2, 1°, van het voorontwerp aan te nemen, verdient het in elk geval aanbeveling om het informeel overleg met de Europese Commissie hierover verder te zetten en in de memorie van toelichting uiteen te zetten hoe voldaan is aan de verschillende voorwaarden van de genoemde bepalingen. Bovendien geldt er overeenkomstig artikel 5, lid 8, van richtlijn (EU) 2019/944 een bijzondere kennisgevingsplicht voor maatregelen die krachtens artikel 5, lid 6, van die richtlijn worden genomen, ook al verhindert die de inwerkingtreding van die maatregelen niet.(9) "

De omstandigheid dat de wetgever door het voorzien in een afwijking op artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht in artikel 6/3, § 3, eerste lid, 12°, van de Elektriciteitswet een rechtsgrondprobleem heeft opgelost en dat de regeling inzake de contractuele relaties met eindafnemers in vergelijking met de eerder om advies voorgelegde versie grondig is herwerkt, neemt niet weg dat de in de eerdere adviezen aangehaalde problemen in het licht van het Europees recht nog steeds aanwezig zijn in het voorliggende ontwerp (zie met name de artikelen 47 en volgende van het ontwerp).

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de nog af te kondigen wet 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen'(10) leidt niet tot een andere conclusie. Het enige wezenlijk nieuwe element dat wordt aangehaald betreft de verwijzing naar een voorstel van de Europese Commissie, dat echter vooralsnog niet door de Raad en het Europees Parlement is aangenomen.(11) Ook in het verslag aan de Koning bij het ontwerp wordt verwezen naar deze toekomstige regulering:

"Het ontwerp van de hervorming van de Electricity Market Design (EMD), waarover een voorlopige overeenkomst werd bereikt tussen de medewetgevers in december 2023 en naar verwachting formeel zal worden aangenomen in juni 2024, vermeldt in artikel 19.a.3 dat 'indien een garantiesysteem voor PPAs wordt gesteund door de lidstaat, het bepalingen moet bevatten om de liquiditeit op elektriciteitsmarkten niet te verlagen'. Artikel 19.a.4 vermeldt dat 'ondersteuningsregelingen voor elektriciteit uit hernieuwbare bronnen, de deelname van projecten moeten toestaan die een deel van de elektriciteit reserveren voor verkoop via een hernieuwbare PPA of andere op de markt gebaseerde regelingen, mits dit de concurrentie op de markt niet negatief beïnvloedt, met name in gevallen waarin de twee partijen die bij deze

PPA zijn betrokken, worden gecontroleerd door dezelfde entiteit'. Bovendien verwijst overweging 29 naar financiële PPAs als een mogelijke manier om te verzekeren dat er geen afname van de liquiditeit op de markt is. (...)"

De Raad van State, afdeling Wetgeving, kan de overeenstemming met hogere rechtsnormen die misschien ("naar verwachting") in de nabije toekomst zullen worden aangenomen en waarvan de inhoud vooralsnog onzeker is nog niet nagaan. Zolang de verordening niet is aangenomen op Europees niveau, kunnen de Europeesrechtelijke bezwaren van de afdeling Wetgeving tegen de ontworpen regeling dan ook niet worden weerlegd onder verwijzing naar het voormelde ontwerp van verordening.

In dit verband wordt dan ook opnieuw een voorbehoud gemaakt. Het staat aan de stellers van het ontwerp om te beoordelen of ze de totstandkoming van het ontwerp wensen uit te stellen tot na de eventuele totstandkoming van die Europese verordening, dan wel of ze het te nemen besluit afstemmen op het vigerende Europese kader.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In de aanhef moet bijkomend melding worden gemaakt van artikel 108 van de Grondwet en van artikel 6/3, § 12, van de Elektriciteitswet. Tevens dient te worden aangegeven dat de artikelen 6/3, § 3, en 7 van de Elektriciteitswet laatst zijn gewijzigd door de op 25 april 2024 aangenomen wet (met vermelding van de datum van afkondiging van die wet). Wat artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet betreft, zal ook rekening moeten worden gehouden met de in opmerking 3.1 vermelde optioneel bicamerale wet, die die paragraaf immers aanvult met een extra lid.

6. In de aanhef zal, naast de verwijzing naar advies 75.107/16 van de afdeling Wetgeving, eveneens een verwijzing naar advies 75.981/16 moeten worden opgenomen.

Artikel 7

7. In de voorlaatste alinea van artikel 7, 2°, van het ontwerp dient in de zinsnede "op 1 maart 2024 of 6 maand voor de uiterste indieningsdatum" het woord "of" te worden vervangen door het woord "en".

Artikelen 7 en 53

8. Artikel 7, 12°, van het ontwerp vereist "een becijferd voorstel van een verzekeringsmaatschappij met maatschappelijke zetel in België of in een ander land van de Europese Economische Ruimte voor de risicodekking op het vlak van de burgerlijke aansprakelijkheid met betrekking tot de productie-installatie die voldoet aan de eisen bedoeld in artikel 58". In artikel 53, § 1, 21°, van het ontwerp wordt ook naar die voorwaarde verwezen.

Aangezien die bepaling bepaalde potentieel geïnteresseerde verzekeraars (bijvoorbeeld een verzekeraar gevestigd in het Verenigd Koninkrijk) uitsluit, rijst de vraag of niet minstens rekening dient te worden gehouden met internationale overeenkomsten waardoor de Europese Unie is gebonden.

Gevraagd om in dit verband standpunt in te nemen, stelde de gemachtigde:

"Akkoord om ook rekening te houden met internationale overeenkomsten waardoor de EU is gebonden in het kader van de toelating van mogelijke verzekeraars. In dat opzicht zou artikel 7, 12° kunnen worden aangepast als volgt:

'12° een becijferd voorstel van een verzekeringsmaatschappij met maatschappelijke zetel in België of in een ander land van de Europese Economische Ruimte, of in een ander land voor zover internationale overeenkomsten waardoor België gebonden is vereisen dat inschrijvers uit die landen aan de concurrerende inschrijvingsprocedure kunnen deelnemen, voor de risicodekking op het vlak van de burgerlijke aansprakelijkheid met betrekking tot de productie-installatie die voldoet aan de eisen bedoeld in artikel 58.'

In het licht van de omvang van het beoogde project, zowel op het financiële vlak als op het vlak van infrastructuur die op publiek domein zal worden gebouwd, en het belang van de haalbaarheid en waarschijnlijkheid van realisatie, lijkt het gepast om het verzekeraar karakter van ieder concrete inschrijving te toetsen aan de hand van een verklaring vanwege een kandidaat verzekeraar."

Met die voorgestelde aanpassing kan worden ingestemd. Ook artikel 53, § 1, 21°, van het ontwerp zal overeenkomstig moeten worden aangepast.

Artikel 47

9. Artikel 47, § 1, van het ontwerp stelt de voorwaarden vast waaronder door middel van stroomafnameovereenkomsten een deel van de geproduceerde elektriciteit verhandeld wordt. Indien dergelijke

stroomafnameovereenkomsten minder dan zes maanden na het afsluiten van de domeinconcessie worden afgesloten, is één van de voorwaarden dat slechts de helft van het in artikel 47, § 2, eerste lid, bedoelde volume worden gecontracteerd via “een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België” (artikel 47, § 1, 6°, b), van het ontwerp).

Artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) verbiedt het misbruik door een of meer ondernemingen met een machtspositie (in het Frans: “une position dominante”) op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan. Een onderneming kan in een machtspositie terecht komen indien haar bijzondere of uitsluitende rechten worden verleend waardoor zij kan bepalen of, en in voorkomend geval, onder welke voorwaarden andere ondernemingen toegang tot de betrokken markt kunnen krijgen en er hun activiteiten kunnen uitoefenen.

De gemachtigde gaf de volgende toelichting over de beoogde regeling inzake het beperken van de mogelijkheden om te contracteren met leveranciers of tussenpersonen met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België:

“Om een minimum aan extra liquiditeit op de DA-markt te behouden, is optie voor PPA's met een vaste prijs (het optioneel mechanisme) beperkt tot maximaal 75% van de AAP. Dit zal de PPA-markt met vaste prijzen in België openen en verbreden, waardoor meer eindgebruikers dergelijke contracten kunnen afsluiten en toegang krijgen tot stabiele prijzen. Uit de besprekingen met Europese Commissie in het kader van de Europese staatssteunregels kwam voort de PPAs op twee manieren kunnen worden afgesloten. Voor de onderhandse PPAs die worden afgesloten binnen de 6 maanden na het gunnen van de domeinconcessie zijn twee belangrijke elementen (onder andere) dat zij een duur van 20 jaar moeten hebben en dat zij niet worden afgesloten na een competitief proces. Om aldus verder de liquiditeit op de markt te behouden kwam voort uit de besprekingen dat er niet meer dan 25% van het geproduceerde volume het voorwerp kan uitmaken van een stroomafnameovereenkomst met een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België. Dit ongeacht de eventuele verbondenheid tussen de concessiehouder en deze ‘dominante speler. Bij PPAs afgesloten na een competitief proces geldt deze beperking niet. (...)”

9.1. Indien het de bedoeling is om ondernemingen met een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU te viseren, dienen in de Nederlandse tekst van het ontwerp de woorden “dominante positie” te worden vervangen door het woord “machtspositie”.

9.2. Uit de hoger aangehaalde toelichting van de gemachtigde blijkt dat de eventuele verbondenheid tussen de concessiehouder en de onderneming met een machtspositie geen impact heeft op de beperkingen inzake het volume elektriciteit dat wordt verhandeld via stroomafnameovereenkomsten.⁽¹²⁾ De opgelegde beperkingen zouden dus ook gelden voor verbonden ondernemingen (zoals dochter- of moederondernemingen). Met het oog op de rechtszekerheid moet worden verduidelijkt in de tekst van het ontwerp dat de opgelegde beperkingen eveneens gelden voor verbonden ondernemingen.

9.3. Daarnaast rijst de vraag hoe concreet zal worden bepaald welke onderneming of ondernemingen een machtspositie voor elektriciteitslevering in België hebben. In het verslag aan de Koning staat in dit verband vermeld:

“De commissie bepaalt binnen drie maanden na de inwerkingtreding van dit Koninklijk Besluit de definitie van dominante positie op de Belgische markt voor energieleveranciers en baseert zich hiervoor op de kenmerken van een dominante marktpositie zoals gehanteerd door de Europese Commissie die kunnen worden teruggevonden onder volgende link: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en.”

De gemachtigde stelde in dit verband voor om het volgende nieuwe lid in te voegen in artikel 47, § 1, van het ontwerp:

“De commissie bepaalt binnen drie maanden na de inwerkingtreding van dit besluit de criteria op grond waarvan een entiteit kwalificeert als een leverancier of tussenpersoon met een dominante positie voor elektriciteitslevering in België bedoeld onder de bepaling 6°, b).”

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG), is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der

normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.(13)

Een delegatie tot het nader afbakenen van het begrip “machtspositie” in de zin van het mededingingsrecht heeft geen louter detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte en kan dus niet worden aanvaard.

Daar komt nog bij dat, indien het de bedoeling is om aan het begrip eenzelfde invulling te geven als in artikel 102 van het VWEU, de delegatie overbodig is, vermits in elke lidstaat de criteria moeten worden toegepast zoals die ter zake uit de praktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeien. Het komt immers in de eerste plaats het Hof van Justitie toe om invulling te geven aan de draagwijdte van het (Europeesrechtelijke) begrip “machtspositie”.(14) Het beoordelen van het bestaan van een machtspositie is dan ook veeleer een feitelijke toepassing van de criteria die uit het acquis van de Unie voortvloeien.(15)

Indien het toch de bedoeling zou zijn om een eigen begrip van “dominante positie” te hanteren, zonder daarmee een verwijzing te beogen naar de mededingingsrechtelijke “machtspositie” van een onderneming in de zin van artikel 102 van het VWEU, moeten de criteria in het te nemen koninklijk besluit zelf worden uiteengezet.

9.4. Artikel 47, § 1, 6°, b), van het ontwerp dient in het licht van het voorgaande te worden heroverwogen.

Artikelen 47, 51 en 52

10. Artikel 51, derde lid, van het ontwerp betreft de controle door de CREG van “het contract voor de aankoop van energie” (lees: “de stroomafnameovereenkomst”)(16) in geval van vroegtijdige beëindiging van het contract. De CREG gaat daarbij na of “de werkelijke oorzaak van de beëindiging verschilt van de toelaatbare redenen van beëindiging volgens voorliggende onderafdeling, en/of te maken heeft met de wens van één partij om voordeel te halen uit veranderingen in de prijzen op de elektriciteitsmarkt ten koste van de stabiliteit die nodig is voor dit type contract”.

10.1. Uit het verslag aan de Koning blijkt dat met “de toelaatbare redenen van beëindiging volgens voorliggende onderafdeling” de twee in artikel 47, § 1, tweede lid, 4°, van het ontwerp vermelde hypothesen beoogd worden, met name “het failliet van de afnemer (dus om redenen onafhankelijk van de wil van de concessiehouder) of omwille van overmacht”.

De vraag rijst in dit verband of in artikel 51, derde lid, van het ontwerp daarnaast ook de hypothese van artikel 52 van het ontwerp wordt gevisieerd (met name “een wijziging van het toepasselijke wettelijke en regelgevende kader [die] tot gevolg heeft dat de uitvoering ervan onmogelijk of economisch niet haalbaar is”). Gelet op de manier waarop artikel 47, § 1, tweede lid, 4°, is geformuleerd (“onverminderd de mogelijkheid voor de concessiehouder om het te beëindigen overeenkomstig artikel 52, kunnen ze alleen voortijdig beëindigd worden in geval van faillissement of overmacht”) wordt het geval van artikel 52 (“fait du prince”) juist onderscheiden van de begrippen “faillissement” en “overmacht”. Gevraagd of artikel 52 niettemin onder het begrip “overmacht” valt, stelde de gemachtigde:

“Dergelijk optreden van een wet- of regelgever kan mogelijks ook als een specifiek geval van overmacht worden beschouwd, waarbij het ruimer containerbegrip ‘overmacht’ in andere bepalingen dus ook andere gevallen zou kunnen omvatten.”

De gemachtigde deelde in dit verband mee dat artikel 51, derde lid, zal worden verduidelijkt, onder meer door het opnemen van een bijkomende verwijzing naar artikel 52. De vaststelling blijft dan echter dat deels overlappende begrippen gehanteerd worden, hetgeen afbreuk doet aan de rechtszekerheid. De hypothese van artikel 52 vormt immers, zo verduidelijkte de gemachtigde, slechts een van de mogelijke gevallen van overmacht. In dit verband rijst de vraag of de in die laatst vermelde bepaling vermelde vereiste voor het “afzien van” (lees: het verzaken aan) stroomafnameovereenkomsten inzake de naleving van de bepalingen van de stroomafnameovereenkomst ook geldt voor de andere situaties van overmacht. In voorkomend geval dient dit in de tekst van het ontwerp te worden verduidelijkt.

De artikelen 47, 51 en 52 dienen in het licht van het voorgaande aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen, in het bijzonder wat betreft de afbakening van het begrip “overmacht”.

10.2. De controle van de CREG is volgens de tekst van het ontwerp niet beperkt tot het nagaan of de werkelijke oorzaak van de beëindiging verschilt van de hoger besproken toelaatbare redenen van beëindiging.

Er wordt melding gemaakt van een tweede aspect van de controle ("en/of"), met name het controleren of de oorzaak van de beëindiging "te maken heeft met de wens van één partij om voordeel te halen uit veranderingen in de prijzen op de elektriciteitsmarkt ten koste van de stabiliteit die nodig is voor dit type contract". In dit verband rijst de interpretatievraag in welke mate het gaat om cumulatieve voorwaarden en op welke wijze de CREG op objectieve wijze de "wens" (en dus de intentie) van de concessiehouders bij het vroegtijdig beëindigen van stroomafnameovereenkomsten kan nagaan.

Het verslag aan de Koning stelt in dit verband het volgende:

"In beide gevallen van voortijdige beëindiging van een vaste prijs PPA moet de concessiehouder een aanmelding doen bij de CREG, die controleert of de voorwaarden om terug onder de bepalingen van artikel 44 - 46 (basismechanisme) te vallen vervuld zijn (bv. dat de afnemer failliet is en de beëindiging van de PPA niet te wijten is aan de concessiehouder zelf). Indien de CREG vaststelt dat de voorwaarden vervuld zijn, vallen de productievolumes terug onder de bepalingen van artikel 44 - 46 (basismechanisme) vanaf de eerste dag van de maand volgend op de datum van de aanmelding bij de CREG. Om te vermijden dat afnemers opportunistisch inspelen op veranderende marktomstandigheden en aldus de PPA met vaste prijs verbreken ingeval van dalende marktprijzen, wordt bepaald dat de PPA met vaste prijs enkel voortijdig kan beëindigd worden indien de afnemer failliet is, of in het geval van overmacht. Alvorens de concessiehouder terugvalt op de formule voor de berekening van de variabele premie zoals bedoeld in artikel 44 - 46 (basismechanisme), controleert de CREG de reden van de beëindiging van de PPA. Op basis van artikel 31 juncto artikel 6/3 § 12 kan de CREG een administratieve boete opleggen aan de afnemer indien blijkt dat deze werd beëindigd ten gevolge van opportunistisch inspelen op veranderende marktomstandigheden. De CREG kan hierbij rekening houden met andere omstandigheden zoals ernstige miskenning door één van de partijen van haar contractuele verplichtingen. Voor wat betreft huishoudelijke afnemers en KMO's doet dit geen afbreuk aan hetgeen bepaald is in artikel 18 § 2/3 van de elektriciteitswet."

Er lijken echter meerdere scenario's denkbaar. De eerste verplichting lijkt te rusten op de concessiehouder zelf. Die moet immers de redenen voor de beëindiging meedelen. Het is bijgevolg enkel die concessiehouder die "de aansprakelijke partij" kan zijn voor het vermelden van een reden die niet met de werkelijkheid overeenstemt. Daarbij rijst niettemin de vraag of die aansprakelijkheid ook ontstaat indien de concessiehouder zich te goeder trouw op overmacht of artikel 52 beroept, maar de CREG die kwalificatie uiteindelijk afwijst. Het tweede scenario betreft de beëindiging zelf uit opportunistische overwegingen. Die kan, afhankelijk van de evolutie van de prijzen, niet enkel door de afnemer gebeuren zoals geschetst in het verslag aan de Koning, maar ook door de concessiehouder. Ten slotte is het ook denkbaar dat beide scenario's zich tegelijkertijd voordoen en de concessiehouder de eigen opportunistische keuze of die van de afnemer (in het bijzonder wanneer die een verbonden onderneming is) voorstelt onder het mom van een toelaatbare reden van beëindiging. Het verdient aanbeveling om die verschillende gevallen beter toe te lichten in het verslag aan de Koning, en te verduidelijken met welke objectieve elementen de CREG rekening kan houden bij het beoordelen of de voortijdige beëindiging onrechtmatig was.

10.3. Gelet op de specifieke rechtsgrond met afwijkende maximumbedragen voor het opleggen van een boete, moet in artikel 51, derde lid, van het ontwerp worden verwezen naar artikel 6/3, § 12, van de Elektriciteitswet (en niet naar artikel 31 van de Elektriciteitswet).

10.4. De mogelijkheid om een boete op te leggen lijkt te gelden voor elke vroegtijdige beëindiging, ongeacht of de stroomafnameovereenkomst werd gesloten overeenkomstig de voorwaarden van artikel 47, § 1, tweede lid, 5° of 6°, van het ontwerp. In dat verband moet echter worden opgemerkt dat de afnemers in het geval bedoeld in artikel 47, § 1, tweede lid, 6°, van het ontwerp, overeenkomstig punt c) van die bepaling ook verplicht zijn om bij het sluiten van de stroomafnameovereenkomst een "marktconforme financiële premie [...] ten voordele van de concessieverlenende overheid" te betalen die het risico moet afdekken dat die afnemer in de loop van de overeenkomst in gebreke zou blijven (in welk geval de stroom op de markt zal moeten worden aangeboden, en de overheid mogelijk extra steun zal moeten geven omdat die stroom op basis van artikel 50 van het ontwerp dan weer het voorwerp kan uitmaken van het steunmechanisme). De vraag is dan ook of er bij het bepalen van de sanctie rekening zal worden gehouden met het feit of de afnemer al dan niet reeds een risicopremie heeft betaald nu het risico zich voltrekt. De verhouding tussen de sanctie en de risicopremie moet bijgevolg nader worden verduidelijkt in het verslag aan de Koning.

Artikelen 53 tot 55

11. Hoofdstuk 2 van het ontwerp, dat de artikelen 40 tot 55 omvat, is slechts ingedeeld in één deel ("Deel 1. – Ondersteuningsmechanisme"). Zoals de gemachtigde bevestigde, dient voorafgaand aan artikel 53 van het ontwerp een nieuw opschrift te worden toegevoegd: "Deel 2. – Verplichtingen van de concessiehouder".

Slotopmerking

12. Het ontwerp moet nog bijkomend worden nagekeken op taalkundig en wetgevingstechnisch vlak. Bij wijze van voorbeeld kan in dat verband worden gewezen op het volgende.

12.1. Overeenkomsten worden in het Nederlands "gesloten" en niet "afgesloten" en er kan ook niet van worden "afgezien". Bovendien moet doorheen het ontwerp worden gewaakt over de consistente terminologie. Zo is er in artikel 51 van het ontwerp achtereenvolgens sprake van een "stroomafnameovereenkomst", een "dergelijke overeenkomst" en een "contract voor de aankoop van energie", en "dit type contract", waarmee telkens dezelfde overeenkomst lijkt te worden bedoeld.

12.2. Er ontbreken een aantal verwijzingen(17) in de artikelen 53, 54 en 57 van het ontwerp.

In artikel 53, § 1, 3°, van het ontwerp moet worden verwezen naar het in artikel 40 van het ontwerp bedoeld ondersteuningsmechanisme. In de artikelen 54, eerste lid, en 57, § 1, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 40, derde lid, van het ontwerp.

12.3. Met het oog op de overeenstemming tussen de taalversies, dient in artikel 60, § 2, eerste lid, van het ontwerp de zinsnede "gebeurt via" te worden vervangen door de woorden "geeft aanleiding tot een"

DE GRIFFIER
Wim GEURTS

DE VOORZITTER
Pierre LEFRANC

Nota's

(1) Adv.RvS 75.107/16 van 11 januari 2024 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België'.

(2) Vaste adviespraktijk. Zie bijvoorbeeld adv.RvS 70.817/3 van 3 februari 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 maart 2022 'houdende wijzigingen aan het Strafwetboek en inzake de bevoegdheid om in rechte op te treden met betrekking tot het seksueel strafrecht', opmerking 3.

(3) Zie Parl.St. Kamer 2023-24, nr. 55-3937/005 en 55-3937/006.

(4) Zie het integraal verslag van de plenumvergadering van 25 april 2024 (avond) – voorlopige versie, Parl.St. Kamer 2023-24, CRIV 55 PLEN 302, 10.

(5) Dat zijn de minister bevoegd voor energie en de minister bevoegd voor het mariene milieu en de mariene ruimtelijke planning, die gezamenlijk optreden (zie de definitie vermeld in artikel 1, § 2, 3°, van het ontwerp).

(6) Zie over de rechtsgrondproblemen van deze bepaling eerder al het hoger vermelde advies 75.107/16, opmerking 4.2.

(7) Parl.St. Kamer 2023-24, 3937/006.

(8) Voetnoot 13 van het aangehaalde advies: Voetnoot 12 van het aangehaalde advies: Zie in dit verband ook adv.RvS 67.627/3 van 23 juni 2020 over een ontwerp van besluit van de Minister van Economie 'tot wijziging van het ministerieel besluit van 1 juni 2004 tot vaststelling van maximumprijzen voor de levering van elektriciteit door de distributienetbeheerders aan de eindafnemers wiens leveringscontract werd opgezegd door hun leverancier en die niet als residentieel beschermde klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie in die zin van artikel 20, § 2, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt kunnen beschouwd worden', opmerkingen 5.1 tot 5.4

(9) Voetnoot 14 van het aangehaalde advies: Ten slotte zal ook over de tenuitvoerlegging van die maatregel moeten worden gerapporteerd aan de Europese Commissie, overeenkomstig artikel 5, lid 9, van richtlijn (EU) 2019/944.

(10) Parl.St. Kamer, 2023-24, 55-3937/001.

(11) Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad 'tot wijziging van de Verordeningen (EU)2019/943 en (EU) 2019/942 en de Richtlijnen (EU) 2018/2001 en (EU) 2019/944 om de

opzet van de elektriciteitsmarkt van de Unie te verbeteren'. Deze maand werd dit voorstel in eerste lezing onderzocht door het Europees Parlement, na informele besprekingen met de Raad en de Commissie (zie https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8756_2024_INIT).

(12) Zie in dit verband ook de vraag die in dit verband werd gesteld door de CREG over de impact op een onderneming is die gelieerd is met een dominante marktspeler (CREG, Voorstel (C)2769 15 maart 2024 - Voorstel van koninklijk besluit betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteit geproduceerd door installaties bedoeld in artikel 6/3 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, 10).

(13) Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4 en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: "De artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies."; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: "Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen." Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: "Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld."

(14) Weliswaar bepaalt artikel 23*bis*, eerste lid, van de Elektriciteitswet dat de CREG erop toeziet dat elk elektriciteitsbedrijf, dat elektriciteit levert aan in België gevestigde afnemers, zich onthoudt, afzonderlijk of in overleg met meerdere andere elektriciteitsbedrijven, van elk anti-competitief gedrag of oneerlijke handelspraktijken die een weerslag hebben of zouden kunnen hebben op een goed werkende elektriciteitsmarkt in België. Die regeling lijkt echter geen vrijgeleide te geven om zelf begrippen uit het mededingingsrecht af te bakenen. Zo wordt in artikel 23, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet bij de opsomming van de taken van de CREG meermaals de noodzaak tot de "inachtneming van de bevoegdheden van de Belgische mededingingsautoriteit" benadrukt.

(15) Om uit te maken of een onderneming een machtspositie inneemt, moet eerst de markt waarop deze positie bestaat zowel inhoudelijk als territoriaal worden afgebakend. Indien een onderneming bijvoorbeeld een machtspositie inneemt op de markt voor de levering van elektriciteit, wil dat nog niet zeggen dat deze onderneming ook een machtspositie inneemt op de markt voor de levering van energie in het algemeen. Het bepalen van of verwijzen naar criteria in dit verband – ook al zou dit bijvoorbeeld in de tekst van het ontwerp zelf gebeuren – leidt niet tot voldoende duidelijkheid voor de betrokken ondernemingen over de vraag of zij in de relatie tot bepaalde ondernemingen bij de verkoop van opgewekte elektriciteit al dan niet gebonden zijn door het in het ontwerp bepaalde maximumvolume. Het al dan niet beschikken over een machtspositie op een bepaalde markt betreft bovendien een evolutief gegeven, in functie van de meest actuele economische gegevens.

(16) De terminologie dient eenvormig te worden gemaakt in de tekst van artikel 51 van het ontwerp. Zie in dat verband ook de slotopmerking van dit advies.

(17) Er staat nu soms vermeld: "Fout! Verwijzingsbron niet gevonden."