-CREG-



(A)2038 12 décembre 2019

Avis concernant un projet d'arrêté royal relatif à l'établissement des conditions auxquelles les détenteurs de capacités étrangères directes et indirectes peuvent participer au mécanisme de rémunération de capacité

Article 7*undecies*, § 4, alinéa 1^{er}, 3°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Non-confidentiel

TABLE DES MATIERES

TABLE D	ES MA	ATIERES	2
INTRODUCTION			3
1. RES	SERVE	GENERALE	3
2. CAI	DRE LI	EGAL	4
2.1.	Cad	re légal belge	4
2.2.	Cad	re légal européen	5
3. OBJECTIONS PRINCIPALES AU PROJET			7
3.1.	Défa	aut partiel de base légale	7
3.2.	Con	trariété à la loi électricité	8
3.3.	Con	trariété au Règlement électricité	9
4. COMMENTAIRE SYSTEMATIQUE			10
4.1.	Ren	narque générale	10
4.2.	Intit	:ulé	10
4.3.	Arti	cle 1 ^{er}	10
4.4.	Arti	cle 2	11
4.4	.1.	Paragraphe 1 ^{er}	11
4.4	.2.	Paragraphe 2	11
4.4	.3.	Paragraphe 3	13
4.4	.4.	Paragraphe 4	13
4.4	.5.	Paragraphe 5	14
4.4	.6.	Paragraphes 6 et 7	14
4.5.	Arti	cle 3	15
4.6.	Arti	cle 4	15
4.7.	Arti	cle 5	16
5. COI	NCLUS	SION	17
ANNEYE	1		1Ω

INTRODUCTION

La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) formule, par le présent document, un avis sur un projet d'arrêté royal « relatif à l'établissement des conditions auxquelles les détenteurs de capacités étrangères directes et indirectes peuvent participer au mécanisme de rémunération de capacité » (ci-après, le « projet d'arrêté royal »).

La demande d'avis a été formulée par la ministre de l'Energie, par un e-mail de la DG Energie du 29 novembre 2019. Le projet d'arrêté royal est repris en annexe au présent avis.

Cet avis contient cinq parties. La première partie formule une réserve générale ; la deuxième partie expose le cadre légal applicable ; la troisième partie formule les objections principales au projet de proposition ; la quatrième partie analyse le projet de proposition article par article ; la cinquième et dernière partie contient la conclusion.

L'avis a été approuvé par le Comité de direction en sa séance du 12 décembre 2019.

1. RÉSERVE GÉNÉRALE

- 1. L'article 23, § 2, alinéa 4 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après, la « loi électricité ») prévoit que « le comité de direction [de la CREG] rend ses avis et ses propositions au ministre dans les quarante jours civils suivant la réception de la demande, sauf si le ministre prévoit un délai plus long. Le ministre peut prévoir un délai plus court pour les avis demandés dans le cadre des articles 19 et 32 »¹.
- 2. Or, il ressort du courrier de l'e-mail de la DG Energie du 29 novembre 2019 que cette dernière sollicite l'avis de la CREG pour le 13 décembre 2019. Au lieu des quarante jours prévus par la loi électricité, la CREG ne dispose donc en l'espèce que de douze jours pour formuler son avis, en considérant que le délai commence à courir à partir du premier jour ouvrable suivant la réception de la demande d'avis.
- 3. La CREG relève à cet égard que si, préalablement à cette demande d'avis, la matière de la participation des capacités étrangères indirectes avait déjà été discutée au sein du « Comité de suivi du CRM », installé en vue de la mise en œuvre du CRM, sur la base d'une présentation réalisée par le consultant de la Direction générale de l'Energie, la CREG n'a pu, jusqu'à la réception de la demande d'avis, disposer d'aucun projet de texte en cours d'élaboration a fortiori pour ce qui concerne les capacités étrangères directes.
- 4. Il résulte de ce qui précède que le présent avis est rédigé en extrême urgence, alors que, compte tenu de l'importance et de la complexité de la matière, il aurait au contraire été souhaitable que la CREG dispose d'un délai réaliste pour rédiger son avis et de toutes les informations utiles au moment de la demande d'avis.

Non-confidential 3/18

¹ Les articles 19 et 32 de la loi électricité prévoient respectivement des avis de la CREG sur les projets d'arrêtés royaux (i) déterminant « dans quelle mesure et à quelles conditions les dispositions de la présente loi s'appliquent à des producteurs ou intermédiaires qui relèvent du droit d'Etats qui ne sont pas membres de l'Union européenne » et (ii) portant des mesures « de sauvegarde nécessaires, y compris des dérogations temporaires aux dispositions de la présente loi », « en cas de crise soudaine sur le marché de l'énergie ou de menace pour la sécurité physique ou la sûreté des personnes, des équipements ou des installations ou pour l'intégrité du réseau de transport ».

Dans ces conditions, l'absence éventuelle de remarques dans le présent avis sur l'une ou l'autre disposition de la proposition d'arrêté royal ne pourra être considérée comme un acquiescement de la CREG, au regard notamment des compétences que la loi électricité lui attribue en la matière et qui devront être exercées ultérieurement.

2. CADRE LÉGAL

2.1. CADRE LÉGAL BELGE

5. L'article 7*undecies*, § 4, de la loi électricité dispose ce qui suit :

« Le Roi définit, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les critères et/ou modalités d'éligibilité à la procédure de préqualification. Ces critères et/ou modalités visent:

1° la possibilité pour les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien de participer à la procédure de préqualification;

2° le seuil minimal, en MW, après application des facteurs de réduction, en-dessous duquel les détenteurs de capacité ne peuvent participer à la procédure de préqualification;

3° les conditions auxquelles les détenteurs de capacité étrangère directe et indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification. Ces conditions sont fixées, après avis de la commission et du gestionnaire du réseau, pour la première année de livraison de capacité; elles tiennent compte de la contribution effective attendue de cette capacité à la sécurité d'approvisionnement en Belgique et de la conclusion d'accords entre les gestionnaires de réseau concernés.

Le gestionnaire du réseau lance la procédure de préqualification au plus tard le 1^{er} juin et notifie le résultat aux détenteurs de capacité au plus tard quinze jours avant le début de la mise aux enchères.

Tout détenteur de capacité de production éligible localisé dans la zone de réglage belge est tenu d'introduire un dossier de préqualification. Tout autre détenteur de capacité éligible localisé dans la zone de réglage belge et, aux conditions définies par le Roi en vertu de l'alinéa 1er, tout détenteur de capacité étrangère est autorisé à introduire un dossier de préqualification. »

6. L'article 2, 85° et 86°, de la loi électricité définissent comme suit les capacités étrangères indirectes et directes :

« 85° "capacité étrangère indirecte": la capacité localisée en dehors de la zone de réglage belge offrant une contribution à l'approvisionnement du marché belge via les interconnexions;

86° "capacité étrangère directe": la capacité localisée en dehors du territoire belge, qui est, via une ligne spécifique, reliée exclusivement à la zone de réglage belge après l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2019 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité portant la mise en place d'un mécanisme de rémunération de capacité, et qui est soumise aux mêmes droits et obligations qu'une capacité équivalente établie sur le territoire belge »

Non-confidentiel 4/18

2.2. CADRE LÉGAL EUROPÉEN

- 7. Le 5 juin 2019 a été adopté le Règlement (UE) n° 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité (ci-après, le « Règlement électricité »). Ce Règlement contient un chapitre IV sur l'adéquation des ressources dont les huit articles sont de la première importance dans le cadre de l'introduction d'un CRM en Belgique et, par voie de conséquence, sur la proposition d'arrêté royal soumise par Elia.
- 8. L'article 26 du Règlement électricité, qui a trait spécifiquement à la participation transfrontalière aux mécanismes de rémunération, est ainsi rédigé :
 - « 1. Les mécanismes de capacité autres que les réserves stratégiques et, lorsque c'est techniquement faisable, les réserves stratégiques sont ouverts à la participation transfrontalière directe des fournisseurs de capacité situés dans un autre État membre sous réserve des conditions prévues au présent article.
 - 2. Les États membres veillent à ce que les capacités étrangères en mesure de garantir des performances techniques égales à celles des capacités nationales aient la possibilité de participer au même processus de mise en concurrence que les capacités nationales. Dans le cas de mécanismes de capacité existants au 4 juillet 2019, les États membres peuvent autoriser les interconnexions à participer directement au même processus de mise en concurrence en tant que capacités étrangères pendant quatre ans au maximum à compter du 4 juillet 2019 ou deux ans après la date d'approbation des méthodes visées au paragraphe 11, la date la plus proche étant retenue.

Les États membres peuvent exiger que les capacités étrangères soient situées dans un État membre qui dispose d'un raccordement direct au réseau de l'État membre appliquant le mécanisme.

- 3. Les États membres n'empêchent pas la participation des capacités situées sur leur territoire aux mécanismes de capacité d'autres États membres.
- 4. La participation transfrontalière aux mécanismes de capacité n'entraîne aucune modification ou altération des programmes entre zones ou des flux physiques entre États membres, et n'a aucune autre incidence sur ceux-ci. Ces programmes et ces flux sont uniquement déterminés par les résultats de l'allocation de capacité en vertu de l'article 16.
- 5. Les fournisseurs de capacité peuvent participer à plus d'un mécanisme de capacité.

Lorsque des fournisseurs de capacité participent à plus d'un mécanisme de capacité pour la même période de fourniture, ils participent à hauteur de la disponibilité attendue des interconnexions et en prévision de la probabilité d'une forte sollicitation des systèmes simultanée entre le système où le mécanisme est appliqué et le système où les capacités étrangères sont situées, conformément à la méthode visée au paragraphe 11, point a).

6. Les fournisseurs de capacité sont tenus d'effectuer des paiements d'indisponibilité lorsque leur capacité n'est pas disponible.

Lorsque des fournisseurs de capacité participent à plus d'un mécanisme de capacité pour la même période de fourniture, ils sont tenus d'effectuer autant de paiements d'indisponibilité que d'engagements qu'ils n'ont pas été capables d'exécuter.

7. Aux fins de la formulation d'une recommandation aux gestionnaires de réseau de transport, les centres de coordination régionaux mis en place en vertu de l'article 35 calculent chaque année la capacité d'entrée maximale disponible pour la participation de capacités étrangères. Ce calcul tient compte des prévisions concernant la disponibilité des interconnexions et la probabilité d'une forte sollicitation des systèmes simultanée entre le système où le mécanisme est appliqué et le système où les capacités étrangères sont situées. Un tel calcul est réalisé pour chaque frontière d'une zone de dépôt des offres.

Non-confidentiel 5/18

Les gestionnaires de réseau de transport déterminent chaque année la capacité d'entrée maximale disponible pour la participation de capacités étrangères sur la base de la recommandation du centre de coordination régional.

- 8. Les États membres veillent à ce que la capacité d'entrée visée au paragraphe 7 soit allouée aux fournisseurs de capacité admissibles d'une manière transparente, non discriminatoire et fondée sur le marché.
- 9. S'il existe des mécanismes de capacité ouverts à une participation transfrontalière dans deux États membres voisins, toute recette découlant de l'attribution visée au paragraphe 8 échoit aux gestionnaires de réseau de transport concernés et est répartie entre eux selon la méthode visée au paragraphe 11, point b), du présent article, ou selon une méthode commune approuvée par les deux autorités de régulation concernées. Si l'État membre voisin n'applique pas de mécanisme de capacité ou applique un mécanisme de capacité qui n'est pas ouvert à la participation transfrontalière, la répartition des recettes est approuvée par l'autorité nationale compétente de l'État membre dans lequel le mécanisme de capacité est mis en œuvre, après avoir sollicité l'avis des autorités de régulation des États membres voisins. Les gestionnaires de réseau de transport utilisent ces recettes aux fins énoncées à l'article 19, paragraphe 2.
- 10. Le gestionnaire de réseau de transport de l'endroit où se trouvent les capacités étrangères:
- a) détermine si les fournisseurs de capacité intéressés peuvent garantir les performances techniques requises par le mécanisme de capacité auquel le fournisseur de capacité entend participer et inscrit le fournisseur de capacité en tant que fournisseur de capacité admissible dans un registre créé à cet effet;
- b) effectue les contrôles de disponibilité;
- c) communique au gestionnaire de réseau de transport de l'État membre appliquant le mécanisme de capacité les informations qu'il a reçues en vertu des points a) et b) du présent alinéa et en vertu du deuxième alinéa.
- Le fournisseur de capacité concerné informe sans tarder le gestionnaire de réseau de transport s'il participe à un mécanisme de capacité étranger.
- 11. Au plus tard le 5 juillet 2020, le REGRT pour l'électricité soumet à l'ACER:
- a) une méthode de calcul de la capacité d'entrée maximale pour la participation transfrontalière visée au paragraphe 7;
- b) une méthode de partage des recettes visées au paragraphe 9;
- c) des règles communes pour effectuer les contrôles de disponibilité visés au paragraphe 10, point b);
- d) des règles communes pour déterminer l'échéance d'un paiement d'indisponibilité;
- e) les modalités de gestion du registre visé au paragraphe 10, point a);
- f) des règles communes pour recenser les capacités admissibles pour participer au mécanisme de capacité visées au paragraphe 10, point a).
- La proposition est soumise à la consultation et à l'approbation préalables de l'ACER conformément à l'article 27.
- 12. Les autorités de régulation concernées vérifient si les capacités ont été calculées conformément à la méthode visée au paragraphe 11, point a).
- 13. Les autorités de régulation veillent à ce que la participation transfrontalière aux mécanismes de capacité soit organisée d'une manière efficace et non discriminatoire.

Non-confidentiel 6/18

Elles mettent notamment en place des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières.

- 14. Les capacités attribuées conformément au paragraphe 8 sont transférables entre les fournisseurs de capacité admissibles. Les fournisseurs de capacité admissibles notifient au registre visé au paragraphe 10, point a), un tel transfert.
- 15. Au plus tard le 5 juillet 2021, le REGRT pour l'électricité établit et gère le registre visé au paragraphe 10, point a).
- Le registre est ouvert à tous les fournisseurs de capacité admissibles, aux systèmes qui mettent en œuvre les mécanismes de capacité et à leurs gestionnaires de réseau de transport. »
- 9. Conformément à son article 71, le Règlement électricité est entré en vigueur le 4 juillet 2019, à savoir le vingtième jour suivant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, qui est intervenue le 14 juin 2019. Il sera pleinement d'application à partir du 1^{er} janvier 2020.

3. OBJECTIONS PRINCIPALES AU PROJET

3.1. DÉFAUT PARTIEL DE BASE LÉGALE

- 10. Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de Cassation que « si le pouvoir exécutif, dans l'accomplissement de la mission que lui confère l'article [108] de la Constitution, ne peut étendre pas plus qu'il ne peut restreindre la portée de la loi, il lui appartient de dégager du principe de celle-ci et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit »². Selon la section de législation du Conseil d'Etat, ce pouvoir « permet uniquement au Roi, en cas de silence de la loi, de dégager de l'esprit, de l'objectif et de l'économie générale de celle-ci, les conséquences qui en dérivent naturellement et d'adopter des arrêtés d'exécution à la condition que ces derniers puissent être réputés conformes à la volonté du législateur et qu'ils n'étendent pas la portée de la loi, ni ne la restreignent. En cas de silence de la loi, le Roi est libre de choisir les moyens qui lui permettent d'atteindre l'objectif fixé par le législateur »³.
- 11. L'article 7undecies, § 4, alinéa 1^{er}, de la Loi Electricité prévoit que « le Roi définit, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les critères et/ou modalités d'éligibilité à la procédure de préqualification. Ces critères et/ou modalités visent [...] 3° les conditions auxquelles les détenteurs de capacité étrangère directe et indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification ». En outre, il est précisé que ces conditions « tiennent compte de la contribution effective attendue de cette capacité à la sécurité d'approvisionnement en Belgique et de la conclusion d'accords entre les gestionnaires de réseau concernés ». La CREG considère dès lors que cette disposition précise bien les compétences du Roi, et qu'il n'y a pas lieu à cet égard de faire application de l'article 108 de la Constitution.
- 12. Or, il résulte du projet d'arrêté royal que celui-ci a une portée bien plus large que la seule détermination des conditions d'éligibilité à la procédure de préqualification, c'est-à-dire les conditions auxquelles les détenteurs de capacité étrangère peuvent participer à la procédure de préqualification.

Non-confidential 7/18

² Cass., 23 septembre 1993

³ Avis 61.249/1 du 16 mai 2017 sur un projet d'arrêté royal relatif à l'octroi de la qualité de réviseur d'entreprises ainsi qu'à l'inscription et à l'enregistrement dans le registre public des réviseurs d'entreprises

Il en va ainsi notamment lorsque le projet d'arrêté royal :

- prévoit que les détenteurs de capacité étrangère indirecte préqualifiés participent de manière passive à l'enchère principale (art. 2, § 5);
- prévoit que les détenteurs de capacité étrangère indirecte retenus à l'issue de la mise aux enchères signent un contrat de capacité, dont il limite en outre la durée (sur ce point, voy. ci-après) (art. 2, § 6);
- limite la rémunération de capacité des détenteurs de capacité étrangères indirectes (art. 2, § 6, al. 3);
- renvoie aux règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité pour ce qui concerne les conditions de participation à la préqualification et l'enchère (art. 2, § 7);
- prévoit, s'agissant des capacités étrangères directes, des dispositions relatives à l'obtention de contrats couvrant plusieurs périodes de fourniture de capacité (art. 3, § 2, al. 2), à la participation à la mise aux enchères (art. 3, § 3), à la conclusion des contrats de capacité (art. 3, § 4) et aux conditions dans lesquelles de tels détenteurs peuvent quitter la zone de réglage belge (art. 3, § 6).
- 13. Le projet d'arrêté royal devrait dès lors être fondamentalement revu à cet égard.

3.2. CONTRARIÉTÉ À LA LOI ÉLECTRICITÉ

14. L'article 2, § 3, alinéa 2, du projet d'arrêté royal prévoit que « La pré-enchère est organisée par le gestionnaire du réseau sur instruction du ministre, conformément à l'article 7undecies [§ 2, alinéa 5 / § 2ter] de la loi, selon lequel le ministre détermine les paramètres nécessaires à l'organisation de la pré-enchère, par lequel le ministre peut fixer des paramètres déviants par rapport à l'enchère et par État membre européen voisin dont le réseau électrique est interconnecté avec le réseau électrique belge par une interconnexion, entre autre en ce qui concerne le prix d'exercice, le prix de référence et le plafond de prix ».

La disposition de la loi électricité à laquelle l'article précité fait référence dispose comme suit :

« Au plus tard le 31 mars de chaque année, sur la base des rapports et des avis visés aux alinéas 1^{er} et 4, afin d'assurer le niveau de sécurité d'approvisionnement requis conformément au paragraphe 3, après concertation en Conseil des ministres, <u>le ministre donne instruction au gestionnaire du réseau d'organiser les mises aux enchères pour les périodes de fourniture de capacité considérées, fixe les paramètres nécessaires à leur organisation et détermine le volume minimal à réserver pour la mise aux enchères organisée un an avant la période de fourniture de capacité. Ce volume minimal à réserver est au moins égal à la capacité nécessaire, en moyenne, pour couvrir la capacité de pointe totale pendant moins de 200 heures de fonctionnement par an, augmentée de la marge d'incertitude prévue dans le calcul du volume initial effectué par le gestionnaire du réseau dans le rapport visé au 1° de l'alinéa 1^{er}. » (La CREG souligne.)</u>

Il y est donc prévu que le ministre de l'Energie fixe les paramètres de l'enchère. Selon la CREG, il semble difficilement acceptable que cette disposition puisse servir de base à la détermination de paramètres « déviants » pour la pré-enchère. En outre, si tel devait être le cas – quod non –, il convient de noter que la décision du ministre visée dans la disposition précitée se fait sur la base des rapports du gestionnaires de réseau, notamment sur les paramètres de la mise aux enchères, eux-mêmes réalisés sur la base d'une méthodologie visée à l'article 7undecies, § 2, al. 1^{er}. C'est cette dernière disposition qui devrait alors constituer la base légale de l'article en projet. En tout état de cause, la possibilité

Non-confidentiel 8/18

d'établir des paramètres d'enchères dérogatoires pour les pré-enchères devrait faire l'objet d'une justification, eu égard à l'exigence de non-discrimination figurant à l'article 26(8) et (13) du Règlement électricité.

15. Par ailleurs, l'article 2, § 6, al. 2, du projet d'arrêté royal limite la durée des contrats de capacité conclus avec les détenteurs de capacité étrangère indirecte à une seule période de fourniture de capacité. Ce faisant, il déroge aux dispositions de la loi électricité, en vertu de laquelle le nombre maximum de période(s) de fourniture de capacité que peut couvrir un contrat de capacité dépend (uniquement) de la catégorie de capacité dans laquelle cette capacité est classée, classement qui est lui-même (uniquement) fonction de la hauteur de l'investissement. La loi électricité ne fait à cet égard aucune distinction entre les capacités établies sur le territoire belge et les capacités étrangères.

La question se pose dès lors de savoir si, telle qu'elle aujourd'hui formulée, la loi électricité autorise une distinction entre de telles capacités. En d'autres termes, selon la CREG, le classement automatique des capacités étrangères indirectes dans la catégorie de capacité associée à un contrat de capacité couvrant une seule période de fourniture de capacité devrait être soit directement prévu, soit autorisé par la loi électricité, ce qui n'est pas le cas actuellement. Il devrait en outre faire l'objet d'une justification suffisante pour justifier une telle distinction par rapport aux capacités établies en Belgique, afin d'assurer sa conformité avec l'article 26(8) et (13) du Règlement électricité.

3.3. CONTRARIÉTÉ AU RÈGLEMENT ÉLECTRICITÉ

16. L'article 2, § 1^{er}, du projet d'arrêté royal prévoit que la possibilité pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte éligibles de participer à la procédure de préqualification est conditionnée à la conclusion d'accords entre gestionnaires de réseau et entre autorités de régulation concernés. L'article 4 du projet d'arrêté royal détermine le contenu minimal de ces accords.

L'article 26(11) du Règlement électricité prévoit la détermination, par ACER sur proposition d'ENTSO-E, de règles communes en vue de permettre la participation de capacités étrangères aux CRM établis par les Etats membres. Ces règles contiennent notamment (i) une méthode de calcul de la capacité d'entrée maximale pour la participation transfrontalière et (ii) des règles communes pour effectuer les contrôles de disponibilité de ces capacités.

Il résulte des articles 26 et 27 du Règlement électricité que ces règles devraient normalement être adoptées pour le mois d'octobre 2020.

Les règles précitées ayant pour objectif de permettre la participation des capacités étrangères aux CRM organisés dans d'autres Etats membres, il faut en déduire qu'en principe, cette participation sera possible dès leur adoption. Dans ces conditions, il n'appartient pas à l'Etat belge de conditionner en outre la participation au CRM belge des capacités étrangères indirectes à la conclusion d'accords entre gestionnaires de réseau et entre autorités de régulation.

La CREG note par ailleurs que, tel qu'il est rédigé, le projet d'arrêté royal conditionne la participation au CRM des détenteurs de capacité étrangère indirecte à la conclusion « des accords » précités, c'est-à-dire de tous les accords que, selon le projet, le gestionnaire du réseau et la CREG ont à conclure avec leurs homologues. En d'autres termes, si un accord est manquant (par exemple, l'accord entre la CREG et le régulateur hollandais), <u>aucun</u> détenteur de capacité étrangère indirecte ne peut participer au CRM, quelle que soit la localisation de cette capacité. Une telle condition est évidemment disproportionnée.

17. L'article 26(8) du Règlement électricité dispose que « les États membres veillent à ce que la capacité d'entrée visée au paragraphe 7 soit allouée aux fournisseurs de capacité admissibles d'une manière transparente, non discriminatoire et fondée sur le marché ». Or, force est de constater que le projet d'arrêté royal ne contient à l'heure actuelle aucune disposition relative au fonctionnement

Non-confidential 9/18

de la pré-enchère, et ne contient en outre aucune disposition renvoyant – par exemple – aux règles de fonctionnement du CRM en vue de mettre en place les modalités de la pré-enchère (en particulier, l'article 2, § 7, est muet à cet égard).

La CREG est d'avis qu'en l'absence de toute règle en la matière, le projet d'arrêté royal n'est pas conforme à l'article 26(8) précité du Règlement électricité. A tout le moins, le projet devrait contenir les principes essentiels d'organisation de la pré-enchère.

4. **COMMENTAIRE SYSTEMATIQUE**

4.1. REMARQUE GÉNÉRALE

- 18. Le texte français du projet d'arrêté royal devrait être profondément revu, en tenant compte notamment des concepts figurant dans la loi électricité, tels que « détenteur de capacité » (et non titulaire de capacité), « fourniture de capacité » (et non livraison de capacité), « mise aux enchères » (et non enchère).
- 19. Actuellement, le projet d'arrêté royal est divisé en chapitres qui, chacun, ne contiennent qu'un seul article lui-même divisé en nombreux paragraphes. Pour améliorer la lisibilité du projet, il serait préférable que chaque paragraphe devienne un article à part entière. A défaut, la subdivision du projet en chapitres n'est d'aucune utilité.

4.2. INTITULÉ

20. L'intitulé du projet d'arrêté royal ne reflète pas suffisamment la disposition légale à laquelle il est censé donner exécution. Idéalement, il devrait être formulé comme suit : « Arrêté royal relatif à l'établissement des conditions auxquelles les détenteurs de capacités étrangères directes et indirectes peuvent participer à la procédure de préqualification dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité ».

Il y a lieu en outre de viser les détenteurs de capacité étrangère, et non de « capacités étrangères ».

4.3. ARTICLE 1^{ER}

- 21. Cette disposition contient une référence aux définitions figurant dans la loi électricité ainsi que deux définitions propres à l'arrêté royal en projet.
- 22. S'agissant de la définition de « pré-enchère », la CREG relève ce qui suit :
 - le fait que la pré-enchère est organisée « par Etat membre européen voisin dont le réseau électrique est interconnecté avec le réseau électrique belge par une interconnexion » est répété (dans le texte français de manière imparfaite) à l'article 2, § 3 ; il convient d'éviter cette répétition ;
 - l'expression « Etat membre européen voisin dont le réseau électrique est interconnecté avec le réseau électrique belge par une interconnexion », qui revient à de nombreux endroits dans le projet d'arrêté royal, apparaît de premier abord redondante. Selon la CREG, il conviendrait également de la coordonner avec l'expression qui semble avoir

Non-confidentiel 10/18

la même portée et qui est contenue dans le projet de proposition d'arrêté royal fixant la méthodologie de calcul de capacité et des paramètres pour les enchères dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité (« les zones de réglage qui sont directement reliées électriquement à la zone de réglage belge »), qui – il convient de le noter – n'exclut pas les zones de réglage relevant d'un Etat non membre de l'Union européenne.

Pour faciliter la lecture du texte, il serait peut-être opportun de définir les termes « Etat membre voisin » .

4.4. ARTICLE 2

4.4.1. Paragraphe 1^{er}

- 23. La CREG ne perçoit pas le sens de l'alinéa 2 de ce paragraphe, ni ce qu'il ajoute à ou en quoi il diffère de l'alinéa 1^{er}.
- 24. Le paragraphe 1^{er} de l'article 2 manque de clarté lorsqu'il énonce que « tout détenteur <u>éligible</u> de capacité étrangère indirecte est autorisé à introduire un dossier de préqualification, à condition que la capacité concernée soit située sur le territoire d'un Etat membre européen voisin… » (la CREG souligne). L'article 7undecies, § 4, alinéa 1^{er}, 1° à 3°, de la loi électricité, charge précisément le Roi d'établir les critères d'éligibilité à la procédure de préqualification.

Selon la CREG, le paragraphe devrait énumérer les conditions de participation des capacités étrangères indirectes à la préqualification. Il semble résulter de l'article 2 que ces conditions sont les suivantes :

- être retenu à l'issue de la pré-enchère ;
- respecter le critère relatif au seuil minimal de participation au CRM;
- respecter le critère relatif à l'absence de cumul des mesures de soutien.

Ces deux derniers critères d'éligibilité font l'objet d'un (projet d') arrêté royal spécifique. Si, comme le comprend la CREG, ces critères s'appliquent également aux capacités étrangères (directes et indirectes), le présent projet d'arrêté royal devrait y faire référence.

Le projet d'arrêté royal n'est pas suffisamment clair sur le point de savoir si le fait que la capacité étrangère est localisée dans un Etat membre voisin dont le réseau électrique est interconnecté avec le réseau électrique belge par une interconnexion, constitue ou non un critère d'éligibilité.

Selon la CREG, la question se pose de savoir s'il n'est pas nécessaire d'ajouter à la liste des conditions de participation à la procédure de préqualification, le fait pour la capacité étrangère d'être inscrite dans le registre prévu à l'article 26(10), a), ce qui atteste qu'elles répondent aux exigences techniques

4.4.2. Paragraphe 2

- 25. Selon la CREG, le paragraphe 3 (« Une pré-enchère est organisée pour chaque Etat membre voisin… ») devrait précéder le paragraphe 2 (« […] le [détenteur] de capacité étrangère indirecte remet une offre lors de la pré-enchère »).
- 26. Il ressort du paragraphe 2 que le projet d'arrêté royal envisage en quelque sorte, pour les capacités étrangères indirectes, une « pré-préqualification » en vue de la pré-enchère. Si le projet prévoit la date (ultime) de la pré-enchère (cf. paragraphe 3), il est en revanche muet sur la date (ultime) du lancement de cette procédure de « pré-préqualification ». Or le contrôle des informations exigées dans ce cadre prendra nécessairement un certain temps, de sorte qu'il conviendrait, selon la CREG,

Non-confidential 11/18

d'encadrer cette procédure, de la même manière que la loi électricité encadre le *timing* des opérations menant à la sélection des capacités au terme de la mise aux enchères.

- 27. A l'alinéa 1^{er}, l'utilisation des termes « *A cette fin* » semble indiquer un lien entre le paragraphe 1^{er} et le paragraphe 2. Ce lien n'apparaît pas suffisamment. Compte tenu de ce qui précède, ces termes pourraient être supprimés.
- 28. L'alinéa 2 prévoit la fourniture d'attestations sur l'honneur en ce qui concerne le respect, par la capacité étrangère, du seuil minimal et des conditions de cumul des mesures de soutien. Or, l'alinéa 3 de cette même disposition prévoit que le détenteur de capacité étrangère ne peut participer à la pré-enchère s'il ne respecte pas ces critères. Cela laisse entendre qu'il y aura un contrôle du respect de ces critères par le gestionnaire du réseau et que, dans ces conditions, ces déclarations sur l'honneur n'ont pas d'utilité.

Le projet d'arrêté royal devrait également être plus clair sur le point de savoir si le respect des critères précités constitue une condition à la participation à la pré-enchère (ce que laisse entendre le paragraphe 2) ou à la procédure de préqualification (ce que laisse entendre le paragraphe 4). La CREG considère que le contrôle de ce respect doit se faire au niveau de la pré-enchère et ne doit dès lors plus être vérifié lors de la procédure de préqualification.

Il conviendrait de spécifier ce que l'on entend par « offres mutuellement exclusive ».

- 29. A l'alinéa 3, il y a lieu de supprimer les termes « au moins » (si d'autres conditions sont nécessaires il convient de les préciser dans le projet d'arrêté royal) et de parler des « mesures de soutien », conformément à l'article 7undecies, § 4, de la loi électricité.
- 30. Les alinéas 4 et 5 ont trait à la garantie bancaire à première demande à fournir préalablement au dépôt d'une offre dans le cadre de la pré-enchère. Il semble ressortir de ces alinéas que le montant de cette garantie bancaire est déterminé de la même manière que la garantie exigée dans le cadre de la préqualification (il est expressément fait référence aux règles de fonctionnement), mais qu'elle n'est pas assimilée à cette garantie bancaire (puisqu'elle est « *libérée* » notamment si l'offre est retenue et que le détenteur « *complète avec succès la préqualification* », ce qui entraîne en vertu du projet de règles de fonctionnement la constitution d'une garantie bancaire).

La CREG n'aperçoit pas pour quelle raison une garantie bancaire doit être constituée préalablement à la participation à la pré-enchère. Une garantie bancaire a pour objet de garantir l'exécution d'obligations (contractuelles) déterminées, et plus particulièrement la bonne exécution d'une obligation de payer. Or, au stade de la pré-enchère, il n'existe encore, dans le chef du détenteur de capacité étrangère indirecte, aucune obligation (contractuelle) ; ces obligations ne naîtront qu'à l'occasion de la signature du contrat de capacité. Tout au plus pourrait-on concevoir le dépôt, dans le cadre de la pré-enchère, d'une garantie bancaire conditionnelle comme cela est prévu par le projet de règles de fonctionnement. Celle-ci devrait rester conditionnelle jusqu'à la signature du contrat de capacité.

Compte tenu de ce qui précède, l'alinéa 5 du paragraphe 4 devrait être revu (la garantie bancaire n'est pas libérée tant qu'elle est conditionnelle). On notera par ailleurs que l'expression « la garantie bancaire est libérée par le gestionnaire du réseau » est ambiguë. La libération d'une garantie fait généralement référence au paiement du montant de la garantie à l'échéance d'un contrat ; mais ce paiement ne va pas nécessairement à la partie qui a constitué la garantie bancaire. En outre, la garantie bancaire n'est pas libérée par une partie au contrat, mais par l'institution bancaire auprès de laquelle la garantie a été constituée. Il conviendrait donc plutôt, selon la CREG, de prévoir que « le détenteur de capacité étrangère indirecte est libéré de son obligation liée à la garantie bancaire dans les cas suivants [...] ».

Non-confidentiel 12/18

Enfin, il convient selon la CREG d'ajouter à la liste des hypothèses mettant fin à l'obligation de garantie bancaire celle (certes théorique) où le détenteur de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été retenue ne dépose pas, dans le délai requis, un dossier de préqualification ou ne soumet pas d'offre dans le cadre de la mise aux enchères « principale ».

4.4.3. Paragraphe 3

31. L'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 prévoit que « *la pré-enchère a lieu au plus tard 15 jours avant la préqualification visée à l'article 7*undecies, § 4, alinéa 3 de la loi ». Il serait selon la CREG plus avisé de dire que « *la pré-enchère a lieu au plus tard quinze jours avant le lancement de la procédure de préqualification par le gestionnaire du réseau* ». Comme indiqué ci-avant, il serait avisé d'encadrer davantage le *timing* de la procédure de pré-enchère, pour éviter que la « pré-préqualification » ait lieu trop longtemps avant la pré-enchère, ce qui pourrait être discriminatoire puisque les détenteurs de capacité étrangère indirecte n'ont plus la possibilité d'adapter leur offre.

Ne conviendrait-il pas par ailleurs que le texte prévoie (ou renvoie à ce sujet aux règles de fonctionnement) les mécanismes de publicité qui seront utilisés afin de prévenir de la date exacte de la pré-enchère ?

- 32. S'agissant de l'alinéa 2, outre le fait que la CREG conteste la possibilité pour le ministre de définir, sur la base de l'article 7undecies, § 2, al. 5, des paramètres d'enchères dérogatoires à celles de l'enchère principale (voy. supra), il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si cette possibilité n'est pas contraire à l'article 26 (8) et (13) du Règlement électricité, selon lequel la participation transfrontalière doit être organisée d'une manière non discriminatoire.
- 33. Dans le même alinéa, la phrase relative au prix de référence ne semble rien ajouter à la définition du prix de référence figurant à l'article 2, 81°, de la loi électricité.
- 34. La CREG s'interroge sur l'utilité de l'alinéa 3, compte tenu du fait que l'essentiel de ses dispositions figure déjà dans l'article 26 (7) et (11) du Règlement électricité. En outre, le gestionnaire du réseau fixe la capacité d'entrée maximale disponible pour chaque frontière non pas « en tenant compte » de la recommandation du centre de coordination régional, mais « sur la base » de cette recommandation. La référence à la « méthodologie visée à l'article 26(11), a) et f) » est erronée (la référence au point f) ne figure d'ailleurs pas dans le texte néerlandais).

4.4.4. Paragraphe 4

- 35. Selon la CREG, la vérification du respect des conditions d'éligibilité devrait se faire au stade de la pré-enchère, y compris pour ce qui concerne les critères visés aux 1° et 2° de l'article 7*undecies*, § 4, al. 1^{er}.
- 36. Le fait de prévoir que le détenteur de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été retenue à l'issue de la pré-enchère « soumet un dossier de préqualification » est contraire à l'article 7undecies, § 4, alinéa 3, qui prévoit que ces détenteurs sont autorisés à introduire un tel dossier.
- 37. Comme déjà mentionné, le projet d'arrêté royal traite de manière imparfaite des autres conditions d'éligibilité reprises à l'article 7undecies, § 4, de la loi électricité à savoir le seuil minimal et les exigences en matière de cumul d'aides. Selon la CREG, il conviendrait de faire référence, s'agissant de ces autres conditions, à l'arrêté royal portant exécution des points 1° et 2° du paragraphe 4. A défaut, le concept d' « aide au fonctionnement » repris dans le projet d'arrêté royal n'est pas suffisamment défini. Il y a lieu également de se demander s'il convient d'être aussi affirmatif s'agissant de la possibilité, pour les détenteurs de capacité étrangère indirecte, d'obtenir des Etats membres voisins, des « certificats » attestant de l'absence d'aide au fonctionnement pour la période considérée.

Non-confidentiel 13/18

- 38. La phrase « Pour évaluer l'éligibilité du détenteur de capacité étrangère indirecte, le gestionnaire du réseau utilise, entre autres, le registre établi par le gestionnaire de réseau de transport de l'État membre concerné, conformément à l'article 26, (10), a), du Règlement (UE) 2019/943 » est peu claire : les conditions d'éligibilité des capacités étrangères sont précisément l'objet du projet d'arrêté royal ; à quelle(s) condition(s) fait-on ici référence ? Par ailleurs, le gestionnaire du réseau aura-t-il librement accès aux registres établi par les gestionnaires de réseau de transport des Etats membres voisins ?
- 39. Pour le reste, la mention que « Le détenteur d'une capacité étrangère indirecte fournit toutes les informations nécessaires pour évaluer le dossier de préqualification. Le contenu de ces informations est déterminé par les règles de fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité visées à l'article 7undecies, §8 de la loi » ne constitue pas une condition de participation à la procédure de préqualification et ne devrait dès lors pas figurer dans le projet d'arrêté royal.

4.4.5. Paragraphe 5

- 40. Le fait de prévoir que « le titulaire de capacité étrangère indirecte dont l'offre a été retenue à l'échéance de la pré-enchère et a été préqualifié <u>participe</u> passivement à l'enchère un an et de quatre ans » semble indiquer que cette participation est obligatoire. Or, cela est contraire à l'article 7 undecies, § 6, de la Loi Electricité selon lequel tout détenteur de capacité éligible et sélectionné au terme de la procédure de préqualification « peut » participer à la mise aux enchères.
- 41. Par ailleurs, le concept de « participation passive » n'est pas claire et, en plus, n'a pas de valeur ajoutée parce que la disposition précise déjà que le détenteur d'une capacité étrangère indirecte participe « avec son offre retenue aux mêmes conditions ».

4.4.6. Paragraphes 6 et 7

- 42. La CREG renvoie, à propos de ces dispositions, aux commentaires généraux figurant aux points 3.1 et 3.2 ci-dessus.
- 43. Pour le surplus, on mentionnera les points suivants :
 - au paragraphe 6, al. 1^{er}, le texte français parle « *des offres* » retenues, alors que le texte néerlandais vise une l'offre (« *bod* ») au singulier ;
 - au paragraphe 6, al. 2, l'expression « sans préjudice de l'article 7undecies, § 5 » est contradictoire avec le reste de la disposition ;
 - la formulation du paragraphe 6, al. 3, devrait être clarifiée ;
 - au paragraphe 7, le fait que les règles de fonctionnement sont proposées par le gestionnaire du réseau et approuvé par la CREG est déjà mentionné dans l'article 7undecies, § 8, de la loi électricité.

Non-confidentiel 14/18

4.5. ARTICLE 3

- 44. S'agissant de cette disposition, il est pour l'essentiel renvoyé aux commentaires précédents.
- 45. L'article 3 devrait énumérer clairement les conditions de participation des capacités étrangères directes à la procédure de préqualification. Dans la compréhension de la CREG, ces conditions sont les suivantes :
 - disposer d'un point de raccordement situé sur le territoire belge (§ 5) ;
 - respecter le critère relatif au seuil minimal de participation au CRM (§ 2);
 - respecter le critère relatif à l'absence de cumul des mesures de soutien (§ 2).

Les autres dispositions de l'article 3 ne constituent pas des conditions de participation à la procédure de préqualification et devraient dès lors être supprimées ; elles ne font d'ailleurs souvent que paraphraser la loi électricité.

L'article 3 devrait être modifié en conséquence.

46. Le paragraphe 6 de l'article 3 définit à quelles conditions une capacité étrangère directe peut retourner dans la zone de réglage « *de l'Etat membre concerné* ». Outre qu'elle ne constitue nullement une condition de participation au CRM, on peut se poser la question de l'utilité de cette disposition. En effet, l'article 2, 86°, prévoit expressément que les capacités étrangères directes sont soumises aux mêmes droits et obligations que les capacités équivalentes établies sur le territoire belge. Pour appliquer correctement cette identité de traitement, n'y a-t-il pas lieu de considérer que la décision de ne plus relever de la zone de réglage est équivalente à une décision de mettre l'installation définitivement à l'arrêt, au sens de l'article 4*bis* de la loi électricité et d'appliquer dès lors la procédure et les délais qui y sont prévus ?

4.6. ARTICLE 4

47. L'article 4 a trait aux accords entre gestionnaires de réseau.

L'intitulé du chapitre IV devrait être reformulé « accords entre gestionnaires de réseau ».

Pour la facilité de lecture, il est préférable d'utiliser, dans une énumération, des numéros plutôt que des tirets.

- 48. La CREG n'aperçoit pas quelle est la différence/relation entre le premier tiret et le huitième tiret : tous les deux semblent viser les règles relatives au contrôle de la disponibilité des capacités étrangères indirectes.
- 49. S'agissant du premier tiret, que recouvre la notion de « forte sollicitation des systèmes simultanée des réseaux » (probablement plutôt « forte sollicitation simultanée des réseaux ») ? En outre, ce tiret semble ajouter un critère de disponibilité par rapport à ce qui est prévu dans le projet de règles de fonctionnement, qu'il conviendrait à tout le moins de justifier, eu égard à l'article 26(8) du Règlement électricité qui impose une participation non-discriminatoire des participations étrangères. Logiquement, ceci devrait être pris en compte dans les règles de fonctionnement, dans le cadre du calcul du facteur de réduction appliqué aux catégories de capacités étrangères.
- 50. Le troisième tiret devrait être précisé (à tout le moins viser les dossiers de préqualification « des capacités étrangères indirectes ») compte tenu du fait que de toute façon le gestionnaire du réseau devra appliquer à cet égard les règles de fonctionnement applicables en Belgique.

Non-confidentiel 15/18

- 51. La CREG n'aperçoit pas la différence/relation entre le premier et le quatrième tiret (qui visent l'un comme l'autre l'hypothèse de forte sollicitation simultanée des réseaux.
- 52. le septième tiret semble partiellement redondant avec le troisième tiret (sur les règles d'évaluation de la préqualification). Par ailleurs, la CREG n'aperçoit pas à quelle(s) condition(s) d'éligibilité il est fait référence.

4.7. ARTICLE 5

53. L'article 5 a trait aux accords entre autorités de régulation.

L'intitulé du chapitre V devrait être reformulé « accords entre autorités de régulation » (plutôt que régulateurs), pour reprendre les termes utilisés dans la loi électricité.

Pour la facilité de lecture, il est préférable d'utiliser, dans une énumération, des numéros plutôt que des tirets.

- 54. Au premier tiret, qui vise la vérification du calcul de la capacité d'entrée (et non « d'accès ») maximale disponible, la formulation doit être revue afin d'éviter que chaque accord signé ne contienne comme c'est exigé pour l'instant les règles applicables pour chaque Etat membre voisin ; s'il s'agit d'accords bilatéraux, ce que le texte du projet d'arrêté royal laisse entendre, chaque accord ne doit concerner que les règles applicables aux Etats concernés. Par ailleurs, l'article 26 (12) du Règlement électricité prévoyant que « les autorités de régulation concernées vérifient si les capacités ont été calculées conformément à la méthode visée au paragraphe 11, point a) », il y a lieu de supprimer les termes « et l'approbation ».
- 55. Le deuxième tiret vise à donner exécution à la fois à l'article 26 (13) du Règlement électricité, qui dispose notamment que « les autorités de régulation veillent à ce que la participation transfrontalière aux mécanismes de capacité soit organisée d'une manière efficace et non discriminatoire », et à l'article 26 (8) de ce Règlement selon lequel « les États membres veillent à ce que la capacité d'entrée visée au paragraphe 7 soit allouée aux fournisseurs de capacité admissibles d'une manière transparente, non discriminatoire et fondée sur le marché ». La CREG fait à cet égard les constats suivants :
 - l'attribution d'une compétence aux autorités de régulation n'entraîne pas nécessairement qu'un accord entre ces autorités sur l'exercice de cette compétence soit juridiquement envisageable. Chaque autorité de régulation nationale exercera la compétence attribuée par le Règlement en fonction des pouvoirs dont elle dispose en vertu de son droit national, pouvoirs à propos desquels l'autorité de régulation ne peut en principe transiger;
 - l'article 26 (8) charge les Etats membres et non les autorités de régulation d'assurer une allocation transparente et fondée sur le marché de la capacité d'entrée visée à l'article 26 (7). Le projet d'arrêté royal semble confier à la CREG le contrôle du caractère transparent et fondé sur le marché de cette allocation ; en revanche, il n'en sera peutêtre pas de même dans les autres Etats membres voisins, rendant impossible un accord entre autorités de régulation sur ce point.
- 56. S'agissant du troisième tiret, il vise à donner exécution à l'article 26 (13) du Règlement européen, qui prévoit que les autorités de régulation « mettent notamment en place des dispositions administratives adéquates permettant l'exécution des paiements d'indisponibilité par-delà les frontières ». Il convient de reformuler le texte du projet en fonction de la disposition précitée.

Non-confidentiel 16/18

57. Le quatrième tiret charge en substance les régulateurs de conclure des accords sur les règles relatives au contrôle de l'interdiction de cumul des rémunérations de capacité avec les aides au fonctionnement. Etant donnée l'intention affichée par la DG Energie lors des réunions du Comité de suivi du CRM, de réaliser elle-même le contrôle du respect du critère d'éligibilité lié au cumul des aides – intention renforcée par la communication à la CREG d'un projet de texte modifiant à cette fin la loi électricité –, il ne semble ni opportun, ni conforme à cette intention, de confier l'établissement des règles en la matière aux régulateurs concernés, via la conclusion d'accords.

Par ailleurs, comme la CREG l'a déjà mentionné, le concept d'aides au fonctionnement n'est pas précisé dans le projet d'arrêté royal et une référence devrait à cet effet être faite à l'arrêté royal portant exécution de l'article 7*undecies*, § 4, 1°.

5. CONCLUSION

Sur la base des éléments qui précèdent, en particulier les arguments repris au chapitre 3, la CREG considère que le projet d'arrêté royal doit être fondamentalement revu.

M M M M

Pour la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz :

Andreas TIREZ

Laurent JACQUET

Directeur Directeur

Koen LOCQUET Président f.f. du Comité de direction

Non-confidentiel 17/18

ANNEXE 1

Projet d'arrêté royal relatif à l'établissement des conditions auxquelles les détenteurs de capacités étrangères directes et indirectes peuvent participer au mécanisme de rémunération de capacité

Non-confidentiel 18/18