CREG

Commission de Régulation
de l'Électricité et du Gaz

Avis

(A)2216
18 mars 2021

relatif à un projet d'arrêté royal déterminant des modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité par la commission de régulation de l'électricité et du gaz

Article 7*undecies*, § 13, de la loi du 29 avril 1999 relatif à l'organisation du marché de l'électricité

Non-confidentiel

CREG - rue de l'Industrie 26-38, 1040 Bruxelles, Belgique
T +32 2 289 76 11 - F + 32 2 289 76 09 - www.creg.be

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES 2
INTRODUCTION 3
1. Fondement légal 3
2. Examen 4
2.1. Remarque préalable 4
2.2. Article 2 4
2.3. Article 3 5
2.4. Article 4 5
2.5. Article 14 6
2.6. Article 16 6
3. CONCLUSION 6
ANNEXE 1 8

INTRODUCTION

La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) formule ci-après un avis relatif à un projet d'arrêté royal déterminant des modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité par la commission de régulation de l'électricité et du gaz.

La CREG a reçu une demande d'avis en ce sens du chef de cabinet de la ministre de l'Energie, par email du 17 mars 2021.

Le présent avis contient trois parties. La première partie expose le fondement légal de l'avis. La deuxième partie contient les remarques de la CREG sur le projet d'arrêté royal. La troisième partie formule la conclusion.

Cet avis a été adopté par le Comité de direction de la CREG lors de sa séance du 18 mars 2021.

1. FONDEMENT LÉGAL

1. Le 11 mars 2021 a été votée par la Chambre des représentants une loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et modifiant 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.

2. Cette loi insère notamment dans la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après, la loi électricité) un article 7*undecies*, § 13, formulé comme suit :

> « *§ 13. À l'exception du contrôle du respect des obligations visées au paragraphe 14, le contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité est confié à la commission, qui dispose à cet effet des compétences qui lui sont attribuées par la présente loi. Dans ce cadre, la commission vérifie notamment la régularité des procédures de préqualification, des mises aux enchères, des pré-enchères pour la participation des capacités étrangères indirectes et des transactions dans le marché secondaire, ainsi que l'absence de manipulation du marché, de comportement anti-concurrentiel ou de pratique commerciale déloyale. Sans préjudice des alinéas 2 à 5, le Roi peut, après l'avis de la commission, déterminer des modalités de ce contrôle, notamment celles permettant à la commission de désigner une personne chargée d'effectuer, en son nom et pour son compte, des tâches de surveillance et de rapportage.*
>
> *Toute manipulation du marché dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité est prohibée. Au sens du présent article, on entend par manipulation du marché le fait de:*
>
> *1° soumettre une offre ou des offres, ou négliger de participer à une mise aux enchères et simultanément négliger d'effectuer une notification d'opt-out visée au paragraphe 10, avant-dernier alinéa, ou fournir toute autre information au gestionnaire du réseau ou à toute autre personne, ou prendre toute mesure, ou s'abstenir de prendre toute mesure qui:*
>
> *a) donne ou est susceptible de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le prix de la capacité offerte dans le cadre d'une mise aux enchères ou du marché secondaire;*
>
> *b) fixe ou tente de fixer, par l'action d'une ou de plusieurs personnes agissant de manière concertée, le prix d'adjudication d'une mise aux enchères ou le montant d'une transaction dans une mise aux enchères ou dans le marché secondaire à un niveau artificiel à moins que*

la personne concernée établisse que les raisons qui l'ont poussée à le faire, sont légitimes et que cette transaction ou cet ordre est conforme aux pratiques de marché admises; ou

c) recourt ou tente de recourir à un procédé fictif ou à toute autre forme de tromperie ou d'artifice qui donne, ou est susceptible de donner, des indications fausses ou trompeuses concernant l'offre ou la demande de capacité dans le cadre d'une mise aux enchères ou du marché secondaire ou le prix d'adjudication d'une mise aux enchères ou le montant d'une transaction dans une mise aux enchères ou dans le marché secondaire; ou,

2° diffuser des informations dans les médias, y compris sur internet, ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix probable d'une capacité dans une mise aux enchères ou d'une transaction dans le marché secondaire, lorsque la personne ayant procédé à une telle diffusion savait, ou aurait dû savoir, que les informations étaient fausses ou trompeuses.

Lorsqu'elle constate une telle manipulation du marché, la commission peut appliquer à la personne concernée les mesures visées à l'article 31.

Le gestionnaire du réseau et les détenteurs et fournisseurs de capacité dénoncent d'initiative à la commission tout soupçon de manipulation du marché, de comportement anticoncurrentiel ou de pratique commerciale déloyale. »

3. En exécution de cette disposition, un arrêté royal a été préparé pour lequel le cabinet a demandé un avis de la CREG, conformément à l'article 7*undecies*, § 13 précité.

2. EXAMEN

2.1. REMARQUE PRÉALABLE

4. Suite à l'adoption de la loi du 22 mars 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, un « Comité de suivi du CRM » a été mis sur pied afin d'assurer la mise en œuvre de cette loi. Ce Comité de suivi est composé de représentants de la DG Energie du SPF Economie, du gestionnaire du réseau Elia, de la CREG et du cabinet de la ministre de l'Energie.

5. A la demande du Comité de suivi, la CREG a formulé, en mars 2020, une proposition d'arrêté royal sur les modalités de contrôle du bon fonctionnement du CRM. Après concertation sur le texte au sein du Comité de suivi, cette proposition est devenue le projet d'arrêté royal pour lequel un avis est demandé à la CREG.

2.2. ARTICLE 2

6. L'article 2 de l'arrêté royal en projet mentionne notamment que « *la commission s'assure notamment que <u>chaque pré-enchère</u>, chaque procédure de préqualification initiée pour une mise aux enchères, chaque mise aux enchères et les transactions intervenant dans le marché secondaire sont menées en conformité avec la loi du 29 avril 1999, les arrêtés pris en exécution de cette loi et les règles de fonctionnement* » (la CREG souligne).

7. Or, il convient de constater que le texte néerlandais de l'article 7*undecies*, § 13, de la loi électricité, tel que voté le 11 mars 2021, ne cite pas expressément, contrairement au texte français, le contrôle de la CREG sur les pré-enchères (« *In dit verband gaat de commissie met name na of de*

prekwalificatieprocedures, de veilingen en de transacties op de secundaire markt regelmatig zijn en of er geen sprake is van concurrentieverstorend gedrag of oneerlijke handelspraktijken. ») Certes, l'énumération dans cette phrase des contrôles à effectuer par la CREG n'est pas limitative (« *notamment* »/« *met name* »). Pour éviter tout doute sur la compatibilité de l'article 2 en projet avec l'article 7*undecies*, § 13, de la loi électricité, quant à l'étendue du pouvoir de contrôle attribué à la CREG, il conviendrait d'aligner le texte néerlandais de cette disposition sur le texte français.

2.3. ARTICLE 3

8. L'article 3 de l'arrêté en projet prévoit que « *la commission exerce sa mission de contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité conformément aux dispositions de la loi du 29 avril 1999, en particulier ses articles 7*undecies*, § 13, 23*bis*, 26, § 1er*ter *et 31* ».

9. Compte tenu du fait que la loi votée le 11 mars 2021 modifie également l'article 30*bis*, § 3, de la loi électricité en vue de conférer aux officiers de police judiciaire de la CREG les pouvoirs qui sont prévus par cette disposition dans le cadre du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité, il conviendrait selon la CREG d'ajouter cette disposition à l'énumération figurant dans l'article en projet.

2.4. ARTICLE 4

10. Selon l'article 4, § 1er, de l'arrêté en projet, la commission peut, pour mener à bien ses missions de contrôle, « *se faire assister par un Auditeur du marché de capacité, indépendant de tout détenteur de capacité, désigné pour une période de trois ans maximum* ».

11. Le concept de « *détenteur de capacité* » est défini par la loi électricité (art. 2, 74°) comme « *toute personne physique ou morale susceptible d'offrir de la capacité, individuellement ou de manière agrégée* ». La CREG se demande s'il ne serait pas opportun d'élargir l'obligation d'indépendance afin qu'elle couvre également les entreprises de services financiers, consultants, etc. qui sont en lien avec les détenteurs de capacité et d'exiger dès lors que l'auditeur du marché de capacité soit indépendant de « *toutes les personnes qui directement ou indirectement participent au mécanisme de rémunération de capacité* ».

12. Par ailleurs, vu les missions attribuées à l'auditeur du marché de capacité (entre autres le contrôle des pré-enchères, de la préqualification, des mises aux enchères et du marché secondaire), il est évident que cet auditeur doit également être indépendant du gestionnaire du réseau. Ceci devrait être certainement ajouté au dispositif de l'arrêté en projet.

13. Il est précisé que l'auditeur du marché de capacité « *agit au nom et pour le compte de la commission et agit sous son contrôle* ». La CREG se demande si cette formulation n'est pas contradictoire et également incompatible avec l'article 7*undecies*, § 13, de la loi électricité. Vu les missions qui sont imparties à l'auditeur, il semble évident que celui-ci ne peut s'approprier les pouvoirs qui sont attribués à la commission par la loi électricité et l'arrêté en projet. La loi précise d'ailleurs que la CREG peut, en vue de mener à bien sa mission de contrôle, désigner une personne chargée uniquement d'effectuer des missions de rapportage et de surveillance. Ce faisant, l'auditeur ne sera en aucun cas amené à agir au nom et pour le compte de la CREG, de sorte que cet élément devrait être supprimé.

14. L'article 4 prévoit également en son paragraphe 2 que le projet de cahier des charges en vue de la désignation de l'auditeur du marché de capacité doit faire l'objet d'une consultation préalable du gestionnaire du réseau. Compte tenu des missions attribuées à l'auditeur du marché de capacité vis-à-vis de ce gestionnaire du réseau, la CREG considère que cette consultation préalable est inopportune.

2.5. ARTICLE 14

15. L'article 14 autorise l'accès de la commission et de l'auditeur du marché de capacité aux logiciels et plateformes informatiques utilisés par le gestionnaire du réseau dans le cadre des pré-enchères, procédures de préqualification, mises aux enchères et marché secondaire. L'alinéa 2 prévoit notamment que « *cet accès, qui inclut la lecture et la possibilité de copier et de retraiter les informations, ne crée toutefois, ni ne transfère, aucun droit d'utilisation, de propriété ou autre sur lesdits plateformes, logiciels et dossiers, autres que ceux strictement nécessaires aux fins explicitées aux présent arrêté* ».

16. Selon la CREG, cette disposition semble en partie contradictoire puisque la lecture et la possibilité de copier et de retraiter les informations implique, selon elle, un droit d'utilisation de ces instruments informatiques. Il conviendrait dès lors de supprimer la règle selon laquelle cet accès ne crée aucun droit d'utilisation, mais de préciser que le droit d'utilisation ne peut s'exercer que dans le cadre de l'exercice, par l'auditeur, des missions définies par l'arrêté en projet.

2.6. ARTICLE 16

17. Selon l'article 16 en projet, « *chaque détenteur de capacité ou fournisseur de capacité fournit à la commission et le cas échéant, à l'Auditeur du marché de capacité, sans frais et dans un délai adéquat fixé dans la demande, qui ne peut être inférieur à dix jours ouvrables, toute information leur permettant de remplir leurs missions.* ».

18. Cette disposition doit être rapprochée de l'article 26, § 1er*ter*, de la loi électricité qui prévoit désormais ce qui suit :

> « *Dans le cadre des articles 3, 4 et 5 du Règlement (UE) n° 1227/2011, et de l'article 7undecies, § 13, et, le cas échéant de l'article 7duodecies de la présente loi, la commission dispose du <u>pouvoir de demander des informations à toutes les personnes physiques ou morales concernées dans un délai raisonnable</u>, du pouvoir de procéder à une visite sur place au cours de laquelle elle peut consulter tous renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement des missions qui lui sont dévolues par les dispositions précitées et, le cas échéant, les copier, ainsi que du pouvoir de les convoquer et de les entendre, pour autant qu'elle motive sa demande et que celle-ci s'inscrive dans le cadre et le but de son enquête.* »
> (La CREG souligne.)

19. Selon la CREG, la disposition précitée charge la CREG d'apprécier ce qu'il convient d'entendre par « délai raisonnable », de sorte que la détermination, dans l'article 16 de l'arrêté en projet, d'un délai minimal de dix jours ouvrables pour recevoir les informations demandées ne semble pas conforme à l'article 26, § 1er*ter*, précité, de la loi électricité.

20. Il convient également de se demander si cette disposition n'exclut pas implicitement le pouvoir de l'auditeur du marché de capacité de demander des informations.

3. CONCLUSION

Vu l'article 7*undecies*, § 13, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité ;

La CREG rend un avis favorable sur le projet d'arrêté royal déterminant des modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité par la commission de régulation de l'électricité et du gaz.

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

Laurent JACQUET Directeur	Andreas TIREZ Directeur	Koen LOCQUET Président f.f. du Comité de direction

ANNEXE 1

Projet d'arrêté royal déterminant des modalités du contrôle du bon fonctionnement du mécanisme de rémunération de capacité par la commission de régulation de l'électricité et du gaz