



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.306/3
van 28 april 2023

avis 73.306/3
du 28 avril 2023

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot wijziging van het koninklijk
besluit van 16 juli 2002 betreffende
de instelling van mechanismen
voor de bevordering van
elektriciteit opgewekt uit
hernieuwbare energiebronnen en
de vergoeding van de houders van
een offshore domeinconcessie in
geval van onbeschikbaarheid van
het Modular Offshore Grid’

un projet d’arrêté royal ‘modifiant
l’arrêté royal du 16 juillet 2002
relatif à l’établissement de
mécanismes visant la promotion de
l’électricité produite à partir des
sources d’énergie renouvelables et
l’indemnisation des titulaires d’une
concession domaniale offshore en
cas d’indisponibilité du Modular
Offshore Grid’

Op 22 maart 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 28 april 2023, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen en de vergoeding van de houders van een offshore domeinconcessie in geval van onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 april 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 april 2023.

*

Le 22 mars 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 28 avril 2023, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables et l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale offshore en cas d'indisponibilité du Modular Offshore Grid’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 18 avril 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Toon MOONEN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Toon MOONEN, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 avril 2023.

*

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 voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen en de vergoeding van de houders van een offshore domeinconcessie in geval van onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid’. De wijziging is erop gericht om het ondersteuningsmechanisme te doen evolueren naar een “2-sided contract for difference” (hierna: 2-sided CFD).

Artikel 1 van het ontwerp wijzigt enkele definities in artikel 1 van het koninklijk besluit van 16 juli 2002. Artikel 2 van het ontwerp voegt in artikel 10 van hetzelfde besluit in dat de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) uitdrukkelijk de startdatum bepaalt vanaf wanneer men recht heeft op groenestroomcertificaten. Artikel 3 wijzigt artikel 11 van hetzelfde besluit met het oog op een maandelijkse opvolging van de productiegegevens en het daarmee samenhangende recht op groenestroomcertificaten, of de plicht tot terugbetaling (wanneer die groenestroomcertificaten een negatieve waarde krijgen).

Teneinde de minimumprijs waartegen de netbeheerder groenestroomcertificaten moet aankopen voor bepaalde windmolenparken te indexeren, wordt de *Levelized Cost of Energy* (hierna: LCOE¹), die een berekeningselement van die minimumprijs vormt, gedeeltelijk geïndexeerd.² Artikel 4 van het ontwerp wijzigt met dat doel artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter*, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 voor de windmolenparken waarvan de *financial close* plaatsvond van 1 mei 2016 tot 30 juni 2018, terwijl artikel 5 van het ontwerp een analoge wijziging aanbrengt in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*quater*, van hetzelfde besluit, voor de windmolenparken met een *financial close* vanaf 1 juli 2018.

Artikel 6 van het ontwerp voegt in artikel 14, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 een nieuw derde en vierde lid in, waarin een betaalverplichting wordt opgelegd aan de domeinconcessiehouders indien de minimumprijs (na eventuele verhogingen) van groenestroomcertificaten lager is dan -20 EUR/MWh (met andere woorden: een betalingsverplichting ten belope van het deel van de inkomsten boven de gedeeltelijk te indexeren LCOE en de kabeltoeslag, verhoogd met 20 EUR/MWh).

¹ De LCOE wordt in artikel 2, 118°, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ gedefinieerd als “genormaliseerde energiekosten (‘Levelized Cost of Energy’), namelijk een waarde, al dan niet het resultaat van een formule, zoals bepaald in de toepasselijke productiesteunregeling, die de investeringskosten en de kosten van exploitatie dekt”.

² Een vergelijkbaar indexeringsmechanisme wordt ingevoerd voor de kabeltoeslag, die het voorwerp uitmaakt van het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarover advies 73.304/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies.

Artikel 7 van het ontwerp wijzigt artikel 14, § 1, derde lid (dat het vijfde lid wordt), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 om de steunperiode voor de domeinconcessies bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter* en 1^o*quater*, van dat besluit met (maximaal) twee jaar te verlengen.

Voor het overige wijzigt artikel 8 van het ontwerp artikel 14, § 1, vierde lid (dat het zesde lid wordt), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 om ervoor te zorgen dat het contract tussen de domeinconcessiehouder en de netbeheerder de LCOE op het tijdstip van *financial close* en de nieuw ingevoerde betalingsverplichting bevat. Artikel 9 van het ontwerp corrigeert een kruisverwijzing in artikel 14, § 1^{ter}/1, van hetzelfde besluit. Bij artikel 10 van het ontwerp wordt de voorschotregeling in artikel 14, § 1^{septies}, van hetzelfde besluit herzien. Artikel 11 van het ontwerp vervangt op zijn beurt artikel 14, § 1^{octies}, van hetzelfde besluit met betrekking tot de volume- en prijsafrekening. Ten slotte wijzigen de artikelen 12 tot 16 van het ontwerp respectievelijk artikel 14^{quinquiesdecies}, artikel 14^{septiesdecies}, artikel 14^{noviesdecies}, artikel 14^{vicies} en artikel 14^{viciessemel} van hetzelfde besluit, teneinde de bepalingen betreffende het *Modular Offshore Grid* in overeenstemming te brengen met de voorgaande wijzigingen.

Krachtens artikel 17 van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking op de datum van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ op basis waarvan de Koning maatregelen van marktorganisatie kan vaststellen.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp wijzigt een regeling die als staatssteun kan worden beschouwd, zodat het in principe moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Krachtens artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dient de Europese Commissie immers van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte te worden gebracht. Het ontwerp maakt geen melding van een dergelijke aanmelding. Aan dat vormvereiste zal nog dienen te worden voldaan, zodat aan het te nemen koninklijk besluit geen uitvoering kan worden gegeven voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Daarnaar gevraagd antwoordde de gemachtigde:

“De nota aan de ministerraad voorzag wel degelijk dat het gewijzigde steunregime slechts in werking zou treden na goedkeuring door de EC als volgt: ‘1.7 De omschakeling naar een 2sCfD systeem is onderh[e]vig aan een goedkeuring door de Europese Commissie in het kader van staatssteun.’”

Voorts formuleerde de gemachtigde een tekstvoorstel tot aanpassing van artikel 17 van het ontwerp teneinde het te nemen besluit in werking te laten treden na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, door de minister bevoegd voor energie, van een bericht waarin wordt bevestigd dat de Europese Commissie de ontworpen regeling verenigbaar heeft verklaard met de staatssteunregels of dat de termijnen voor het onderzoek door de Europese Commissie zijn verstreken. In dat tekstvoorstel wordt evenwel niet bepaald wanneer het te nemen besluit in werking treedt na de bekendmaking van dat bericht. Het is dan ook beter om de inwerkingtredingsbepaling over te nemen van het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarover advies 73.304/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies, en die (in een aangepaste versie) luidt als volgt:

“[Dit besluit] treedt in werking tien dagen na de [bekendmaking] in het Belgisch Staatsblad van een bericht waaruit het volgende blijkt:

1° de kennisgeving van de beslissing van de Europese Commissie dat de steunmaatregelen vervat in [dit besluit] geen onverenigbare steun uitmaken in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, of(...)

2° het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van de verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

De [minister bevoegd voor energie] [maakt] een dergelijk bericht in het Belgisch Staatsblad [bekend] uiterlijk tien dagen na ontvangst van die beslissing van de Europese Commissie dan wel binnen tien dagen na het verstrijken van die termijn.”

Deze werkwijze kan enkel worden gevolgd indien de beslissing van de Europese Commissie geen aanleiding geeft tot een aanpassing van het te nemen besluit. Indien die beslissing voorwaardelijk is geformuleerd en die voorwaarden nopen tot een aanpassing van het te nemen besluit, zal een aangepaste tekst of een ontwerp van wijzigingsbesluit (opnieuw) om advies moeten worden voorgelegd aan de Raad van State. Indien eventuele voorwaarden in de beslissing van de Europese Commissie nopen tot een aanpassing van het te nemen besluit middels een later wijzigingsbesluit, zal ook deze inwerkingtredingsbepaling in het te nemen besluit moeten worden vervangen opdat het alsnog in werking kan treden.

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

³ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Gelet op de techniciteit en het belang van het ontwerp, verdient het aanbeveling om samen met het te nemen besluit een verslag aan de Koning bekend te maken waarin de bedoelingen van de stellers van het ontwerp worden verduidelijkt en waarin de gemaakte keuzes worden verantwoord (zie in dat verband ook opmerking 9).

6.1. In de mate dat voortaan in bepaalde omstandigheden, en anders dan voorheen, in hoofde van domeinconcessiehouders een betalingsplicht kan ontstaan (artikel 6 van het ontwerp), kan de beoogde hervorming voor hen ernstige negatieve gevolgen hebben. Dat kan vragen doen rijzen met betrekking tot het vertrouwensbeginsel of het beginsel van de bescherming van legitieme verwachtingen.

6.2. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, eerder reeds heeft opgemerkt, geldt als uitgangspunt dat de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid inherent zijn aan het begrip zelf van een democratische samenleving.⁴ Dit betekent op zich evenwel niet dat, wat de voorwaarden van een subsidiestelsel betreft, de burgers het vertrouwensbeginsel zouden kunnen inroepen om de handhaving ervan te eisen, of dat, zoals te dezen, domeinconcessiehouders de legitieme verwachting zouden kunnen hebben dat het ondersteuningsmechanisme onveranderd zou blijven bij gewijzigde omstandigheden. De Koning kan integendeel, in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid, dat stelsel voor de toekomst wijzigen. Wel moet hij rekening houden met de impact van de wijzigingen op al aangepane investeringen.⁵

Uit de analyse van de CREG⁶, op wier voorstel het ontwerp gelet op artikel 7, § 1, eerste lid, van de wet van 29 april 1999 tot stand kwam, blijkt dat er rekening houdend met de extreme marktomstandigheden van de voorbije jaren goede redenen zijn om het ondersteuningsmechanisme te herzien en te evolueren naar een 2-sided CFD-model. Bovendien voorziet het ontwerp in compensaties voor de domeinconcessiehouders. Zo ontstaat de betalingsplicht slechts op het ogenblik dat de minimumprijs van groenestroomcertificaten lager komt te liggen dan -20 EUR/MWh⁷ (artikel 6 van het ontwerp) en wordt de ondersteuningsperiode verlengd (artikel 7 van het ontwerp).

Er kan dan ook worden aangenomen dat de ontworpen regeling niet in strijd is met het vertrouwensbeginsel en het beginsel van de bescherming van legitieme verwachtingen.

⁴ Adv.RvS 72.211/3 van 28 november 2022 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest 'tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het stelsel van de groenestroomcertificaten', opmerking 4.2.

⁵ Vgl. adv.RvS 51.535/3 van 18 juni 2012 over een voorstel dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 13 juli 2012 'houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie', *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1639/2, 11, opmerking 8.1.

⁶ Voorstel van de CREG van 26 januari 2023 (C) 2498.

⁷ Wat de bijkomende marge voor de domeinconcessiehouders van -20 EUR/MWh betreft, worden de bedenkingen van de CREG in het ontwerp overigens niet bijgetreden. De CREG vindt noch in het behoud van een gunstig investeringsklimaat, noch in de wens om de domeinconcessiehouders in staat te stellen om onvoorziene risico's het hoofd te blijven bieden daarvoor een voldoende verantwoording.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

7. In artikel 1 van het ontwerp dient te worden geschreven “In artikel 1, § 2” in de plaats van “In artikel 1”.

8. De gemachtigde gaf aan dat in de Nederlandse tekst van artikel 1, 1°, van het ontwerp zou moeten worden geschreven “van de uurlijkse noteringen” in de plaats van “van de dagnoteringen”. Nochtans worden de woorden “van de dagnoteringen” er louter aangehaald om aan te geven waar de in artikel 1, 1° van het ontwerp bedoelde invoeging in artikel 1, § 2, 11°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 precies dient te gebeuren. De woorden “van de uurlijkse noteringen” komen in de Nederlandse tekst van die bepaling niet voor, en al evenmin in de Franse tekst.

Bijgevolg lijkt er geen reden te zijn om in artikel 1, 1°, van het ontwerp te verwijzen naar de “uurlijkse noteringen”. Mocht het de bedoeling zijn om de woorden “van de dagnoteringen” in het koninklijk besluit van 16 juli 2002 te wijzigen in “van de uurlijkse noteringen”, dan dient dat overeenkomstig tot uiting te worden gebracht in het ontwerp.

Artikelen 4 en 5

9. De wijziging van artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter* en 1^o*quater*, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 4 van het ontwerp) maakt het mogelijk om de minimumprijs waartegen de netbeheerder groenestroomcertificaten moet aankopen te indexeren, doordat voortaan 30% van de LCOE wordt aangepast aan de stijging van de consumentenprijsindex.

Gevraagd waarom werd gekozen voor een indexering van de LCOE ten belope van 30%, antwoordde de gemachtigde:

“In dat opzicht lijkt er op te kunnen worden gewezen dat 30% overeenkomt met het aandeel van de exploitatiekosten binnen de kostenstructuur van de parken, die wel wordt geïndexeerd, enkel voor zover de stijging van de index groter is dan gemiddeld 2% per jaar. Omgekeerd, wordt 70% van de LCOE en kabeltoeslag niet geïndexeerd. Hieromtrent kan misschien nog [worden] verduidelijkt dat de bouwkosten reeds gemaakt en betaald zijn aangezien de bouw voltooid is.”

Het verdient aanbeveling deze motivering op te nemen in het verslag aan de Koning (zie daarover opmerking 5).

10. In het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter*, eerste streepje, a), tweede streepje, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 4, 2°, van het ontwerp) dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven “van 1 september 2016” in de plaats van “du 1^{er} september 2016”.

11. Gevraagd naar het resultaat dat met artikel 4, 3°, en artikel 5, 4°, van het ontwerp wordt nagestreefd, antwoordde de gemachtigde dat die er in overeenstemming met het voorstel van de CREG toe strekken te bepalen dat de correctiefactor vastgesteld per domeinconcessie niet hoger mag zijn dan 100%.

Die bepalingen dienen in dat licht beide als volgt te worden geredigeerd:

“in het tweede streepje wordt de zinsnede ‘de correctiefactor gelijk is aan 0,10’ vervangen door de zinsnede ‘de correctiefactor niet meer dan 100% mag bedragen’”.

Artikel 6

12. In het ontworpen artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 wordt een betalingsplicht in hoofde van de domeinconcessiehouder in het leven geroepen wanneer de minimumprijs van groenestroomcertificaten “berekend overeenkomstig het tweede lid” kleiner is dan -20 EUR/MWh. Uit de formulering van die bepaling lijkt te volgen dat die betalingsplicht mogelijk ook van toepassing zou kunnen worden voor de domeinconcessiehouders bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1°bis, van dat besluit, en niet enkel voor de domeinconcessiehouders bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1°ter en 1°quater, van dat besluit, hoewel voor die concessiehouders verder niet in aanpassingen van de steunregeling wordt voorzien.

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of dat de bedoeling is.⁸

13. Nog in het ontworpen artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 wordt bepaald dat de domeinconcessiehouder het bedrag dat overeenstemt met de betalingsverplichting betaalt “binnen zestig dagen na het einde van de maand waarin de betreffende groenestroomcertificaten werden toegekend door de commissie”. In navolging van een opmerking van de CREG⁹ gevraagd of de domeinconcessiehouders aan de betalingsplicht zouden kunnen ontsnappen door (al dan niet tijdelijk) geen groenestroomcertificaten aan te vragen, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Er moet op gewezen dat de betalingsverplichting vervat in artikel 14, § 1, vierde lid, eerste zin, van KB 16 juli 2002 niet afhankelijk is gemaakt van de uitreiking van een certificaat. Weliswaar wordt in het ontwerp besluit momenteel de termijn voor de betalingsverplichting inderdaad gekoppeld aan die uitreiking van het certificaat dat in principe slechts kan worden uitgereikt door de CREG nadat daartoe rechtmatig een aanvraag vanwege de concessiehouder werd ontvangen.

⁸ Voor de domeinconcessiehouders bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1°bis, van het besluit wordt alleszins niet voorzien in de indexering van de minimumprijs (artikel 4 van het ontwerp) en in de verlenging van de ondersteuningsperiode (artikel 7 van het ontwerp).

⁹ Voorstel van de CREG van 26 januari 2023, (C) 2498, 9-10.

Er zullen ook nieuwe informatieverplichtingen voor de domeinconcessiehouder voortvloeien maandelijks uit dit ontwerp KB die de berekening door de CREG van de betalingsverplichting faciliteren. Zo wordt bij artikel 3 van het ontwerp KB wordt wel voorgeschreven dat de domeinconcessiehouder de productiegegevens van de vorige maand verstrekt aan de commissie (middels een wijziging van artikel 11 van het KB van 16 juli 2002). En zo wordt in artikel 14, §1, zesde lid (het aangepaste ouder vierde lid) ook voorzien de betalingsverplichting ook het voorwerp moet uitmaken van een contract tussen concessiehouder en Elia (goed te keuren door de CREG), waarbij dat contract alle nodige procedures en modaliteiten moet bevatten om die berekening van de betalingsverplichting mogelijk te maken.

In het licht van bovenstaande wordt volgende aanpassing voorgesteld:

‘De domeinconcessiehouder betaalt dit bedrag binnen zestig dagen na het einde van de maand waarin de betreffende kennisgeving vanwege de commissie heeft plaats gevonden, bedoeld in artikel 11, eerste lid.’

Op die manier wordt de betalingstermijn niet langer gekoppeld aan het tijdstip van uitreiking van certificaten, maar wel aan het tijdstip waarop de CREG een kennisgeving verricht (na haar berekening) aan de netbeheerder en de concessiehouder van het bestaan van een betalingsverplichting.

In die context lijkt het ook aangewezen om in artikel 11 KB 16 juli 2002 volgende wijziging aan te brengen (cfr. artikel 3, 3° van het wijzigingsbesluit):

‘Indien de houder van een domeinconcessie overeenkomstig artikel 14, § 1, vierde lid, een betaling aan de netbeheerder moet verrichten, brengt de commissie de netbeheerder en de domeinconcessiehouder op de hoogte’.”

Met die oplossing kan worden ingestemd.

14. In de vierde zin van het ontworpen artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet geheel overeen. In de Nederlandse tekst leest men dat de in dat lid bedoelde betalingsverplichting een einde neemt “op dezelfde datum zoals bepaald in het vijfde lid”, terwijl de Franse tekst luidt “à la même date que l’obligation d’achat des certificats verts, telle que déterminée à l’alinéa 5”.

Die discordantie moet worden verholpen.

Artikel 11

15. In de tweede zin van het ontworpen artikel 14, § 1 *octies*, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven “gelijk is aan nul” in de plaats van “gelijk is aan nul is”. In de zesde zin dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven “overeenkomstig paragraaf 1, vierde lid,” in de plaats van “overeenkomstig paragraaf 1, vierde lid, ,”.

In dezelfde ontworpen bepaling stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet geheel overeen. In de vierde zin luidt de Nederlandse tekst, anders dan de Franse, dat “ook” een verslag wordt gemaakt over de afrekening betreffende het volume en de resterende afrekening betreffende de prijs. Belangrijker nog lijkt te zijn dat in de vijfde zin, *in fine*, de Nederlandse tekst bepaalt dat “de veronderstelde elektriciteitsproductie” desgevallend dient te worden verminderd “overeenkomstig het *tweede* lid”, terwijl de Franse tekst zulks vooropstelt “conformément au *présent* alinéa”.

Die discordanties moeten worden verholpen.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de modifier l'arrêté royal du 16 juillet 2002 'relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables et l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale offshore en cas d'indisponibilité du Modular Offshore Grid'. La modification vise à faire évoluer le mécanisme de soutien vers un « 2-sided contract for difference » (ci-après : 2-sided CFD).

L'article 1^{er} du projet modifie quelques définitions figurant à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 16 juillet 2002. L'article 2 du projet insère à l'article 10 du même arrêté une disposition selon laquelle la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) fixe expressément la date à partir de laquelle on peut bénéficier de certificats verts. L'article 3 modifie l'article 11 du même arrêté en vue d'un suivi mensuel des données de production et du droit connexe aux certificats verts, ou de l'obligation de remboursement (lorsque ces certificats verts ont une valeur négative).

Afin d'indexer le prix minimum auquel le gestionnaire du réseau doit acheter des certificats verts pour certains parcs éoliens, le *Levelized Cost of Energy* (ci-après : LCOE ¹), qui est un élément intervenant dans le calcul de ce prix minimum, est partiellement indexé ². L'article 4 du projet modifie à cette fin l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter*, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 pour les parcs éoliens dont le *financial close* est intervenu du 1^{er} mai 2016 au 30 juin 2018, tandis que l'article 5 du projet apporte une modification analogue à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*quater*, du même arrêté pour les parcs éoliens dont le *financial close* intervient à partir du 1^{er} juillet 2018.

L'article 6 du projet insère à l'article 14, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 un alinéa 3 et un alinéa 4 nouveaux, imposant une obligation de paiement aux titulaires d'une concession domaniale si le prix minimum (après majorations éventuelles) des certificats verts est inférieur à -20 EUR/MWh (en d'autres termes : une obligation de paiement à concurrence de la part des revenus excédant le LCOE à indexer partiellement et la surcharge pour le câble, majorée de 20 EUR/MWh).

¹ Le LCOE est défini à l'article 2, 118°, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' comme étant le « coût actualisé de l'énergie ('Levelized Cost of Energy'), soit une valeur garantie, le cas échéant résultant d'une formule, tel que déterminée dans le mécanisme d'aide à la production applicable, qui couvre les coûts d'investissement et les coûts d'exploitation ».

² Un mécanisme d'indexation comparable est instauré pour la surcharge pour le câble, qui fait l'objet de l'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', sur lequel l'avis 73.304/3 est donné le même jour que le présent avis.

L'article 7 du projet modifie l'article 14, § 1^{er}, alinéa 3 (qui devient l'alinéa 5), de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 afin de prolonger de deux ans (maximum) la période de soutien pour les concessions domaniales visées à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter* et 1^o*quater*, de cet arrêté.

Par ailleurs, l'article 8 du projet modifie l'article 14, § 1^{er}, alinéa 4 (qui devient l'alinéa 6), de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 afin de veiller à ce que le contrat entre le titulaire de la concession domaniale et le gestionnaire du réseau contienne le LCOE au moment du *financial close* et l'obligation de paiement nouvellement instaurée. L'article 9 du projet corrige une référence croisée à l'article 14, § 1^{er}*ter*/1, du même arrêté. L'article 10 du projet revoit le système d'avances à l'article 14, § 1^{er}*septies*, du même arrêté. L'article 11 du projet remplace à son tour l'article 14, § 1^{er}*octies*, du même arrêté en ce qui concerne le décompte relatif au volume et au prix. Enfin, les articles 12 à 16 du projet modifient respectivement l'article 14*quinquiesdecies*, l'article 14*septiesdecies*, l'article 14*noviesdecies*, l'article 14*vicies* et l'article 14*viciessel* du même arrêté, afin de mettre les dispositions concernant le *Modular Offshore Grid* en conformité avec les modifications précédentes.

En vertu de l'article 17 du projet, l'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet trouve un fondement juridique dans l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' selon lequel le Roi peut prendre des mesures d'organisation du marché.

FORMALITÉS

4. Le projet modifie un régime qui peut être considéré comme une aide d'État, de sorte qu'il doit en principe être notifié à la Commission européenne. L'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne requiert en effet que la Commission européenne soit informée, en temps utile, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Le projet ne fait pas mention d'une telle notification. Cette formalité devra encore être accomplie, de sorte que l'arrêté envisagé ne peut être mis à exécution avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« De nota aan de ministerraad voorzag wel degelijk dat het gewijzigde steunregime slechts in werking zou treden na goedkeuring door de EC als volgt: '1.7 De omschakeling naar een 2sCfD systeem is onderh[e]vig aan een goedkeuring door de Europese Commissie in het kader van staatssteun' ».

En outre, le délégué a formulé une proposition de texte visant à adapter l'article 17 du projet afin de faire entrer l'arrêté envisagé en vigueur après que le ministre ayant l'énergie dans ses attributions aura publié au Moniteur belge un avis confirmant que la Commission européenne a déclaré le dispositif en projet compatible avec la législation sur les aides d'État ou que les délais impartis pour l'examen par la Commission européenne sont expirés. Cette proposition de texte ne précise toutefois pas quand l'arrêté envisagé entrera en vigueur après la publication de cet avis. Il est dès lors préférable de reproduire la disposition d'entrée en vigueur de l'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', sur lequel l'avis 73.304/3 est donné le même jour que le présent avis, et qui (dans une version adaptée) s'énonce comme suit :

« [Le présent arrêté] entre en vigueur dix jours après la publication au Moniteur belge d'un avis constatant :

1° la notification de la décision de la Commission européenne selon laquelle les mesures de soutien contenues dans [le présent arrêté] ne constituent pas une aide d'État incompatible au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ou (...)

2° l'expiration des délais visés [à] l'article 4 du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le ministre [ayant l'énergie dans ses attributions] [publie] un tel avis au Moniteur belge au plus tard dix jours après réception de cette décision de la Commission européenne ou dans les dix jours suivant l'expiration du délai précité ».

Ce procédé peut uniquement être appliqué si la décision de la Commission européenne ne donne pas lieu à une adaptation de l'arrêté envisagé. Si cette décision est formulée d'une manière conditionnelle et si ces conditions requièrent une adaptation de l'arrêté envisagé, un texte adapté ou un projet d'arrêté modificatif devra (de nouveau) être soumis à l'avis du Conseil d'État. Si, dans la décision de la Commission européenne, des conditions éventuelles requièrent une adaptation de l'arrêté envisagé au moyen d'un arrêté modificatif ultérieur, cette disposition d'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé devra également être remplacée pour que ce dernier puisse encore entrer en vigueur.

Si l'accomplissement de la formalité précitée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État³, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

³ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Eu égard à la technicité et à l'importance du projet, il est recommandé de publier en même temps que l'arrêté envisagé un rapport au Roi précisant les intentions des auteurs du projet et justifiant les choix opérés (voir également à ce propos l'observation 9).

6.1. Dans la mesure où désormais, dans certaines circonstances, et contrairement à ce qui était le cas par le passé, une obligation de paiement peut être imposée aux titulaires d'une concession domaniale (article 6 du projet), la réforme envisagée peut avoir de graves conséquences négatives pour eux. Cela peut soulever des questions concernant le principe de confiance ou le principe de la protection des attentes légitimes.

6.2. Comme le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà observé précédemment, le principe applicable est que la prévisibilité et la sécurité juridique sont inhérentes à la notion même d'une société démocratique⁴. Cela ne signifie toutefois pas en soi qu'en ce qui concerne les conditions d'un système de subventions, les citoyens puissent invoquer le principe de confiance pour exiger que l'application de ces conditions soit maintenue, ou que, comme c'est le cas en l'espèce, les titulaires d'une concession domaniale puissent légitimement attendre que le mécanisme de soutien soit maintenu en l'état en cas de modification des circonstances. Au contraire, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le Roi peut modifier ce système pour l'avenir. Il doit cependant tenir compte de l'incidence des modifications sur les investissements déjà consentis⁵.

Il ressort de l'analyse de la CREG⁶, sur proposition de laquelle le projet a été élaboré vu l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999, qu'en égard aux conditions extrêmes du marché ces dernières années, il y a de bonnes raisons de revoir le mécanisme de soutien et de le faire évoluer vers un modèle 2-sided CFD. En outre, le projet prévoit des compensations pour les titulaires d'une concession domaniale. Ainsi, l'obligation de paiement n'est imposée qu'au moment où le prix minimum des certificats verts devient inférieur à - 20 EUR/MWh⁷ (article 6 du projet) et la période de soutien est prolongée (article 7 du projet).

Il peut dès lors être admis que le dispositif en projet n'est pas contraire au principe de confiance et au principe de la protection des attentes légitimes.

⁴ Avis C.E. 72.211/3 du 28 novembre 2022 sur un avant-projet de décret de la Région flamande 'tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het stelsel van de groenestroomcertificaten', observation 4.2.

⁵ Comparer avec l'avis C.E. 51.535/3 du 18 juin 2012 sur une proposition devenue le décret de la Région flamande du 13 juillet 2012 'houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2011-12, n° 1639/2, p. 11, observation 8.1.

⁶ Proposition de la CREG du 26 janvier 2023 (C) 2498.

⁷ En ce qui concerne la marge supplémentaire de -20 EUR/MWh pour les titulaires d'une concession domaniale, les réserves émises par la CREG ne sont d'ailleurs pas partagées dans le projet. La CREG ne trouve une justification suffisante à cet effet ni dans le maintien d'un climat d'investissement favorable, ni dans le souhait de permettre aux titulaires d'une concession domaniale de faire face aux imprévus et aux risques.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

7. À l'article 1^{er} du projet, on écrira « Dans l'article 1^{er}, § 2 » au lieu de « Dans l'article 1^{er} ».

8. Le délégué a indiqué que dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, 1^o, du projet, il faudrait écrire « van de uurlijkse noteringen » (« des cotations horaires ») au lieu de « van de dagnoteringen » (« des cotations journalières »). Néanmoins, les mots « van de dagnoteringen » sont simplement mentionnés pour indiquer l'endroit où, à l'article 1^{er}, 1^o, du projet, l'insertion visée dans l'article 1^{er}, § 2, 11^o, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 doit précisément se faire. Les mots « van de uurlijkse noteringen » n'apparaissent pas dans le texte néerlandais de cette disposition, pas plus que les mots « des cotations horaires » dans le texte français.

Dès lors, rien ne semble justifier que l'article 1^{er}, 1^o, du projet vise les « cotations horaires ». S'il s'agit de remplacer les mots « des cotations journalières » dans l'arrêté royal du 16 juillet 2002 par les mots « des cotations horaires », il faut l'exprimer en conséquence dans le projet.

Articles 4 et 5

9. La modification de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter* et 1^o*quater*, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 (article 4 du projet) permet d'indexer le prix minimum auquel le gestionnaire du réseau doit acheter des certificats verts, dès lors que désormais 30% du LCOE sont adaptés à l'augmentation de l'indice des prix à la consommation.

À la question de savoir pourquoi on a opté pour une indexation du LCOE à concurrence de 30%, le délégué a répondu :

« In dat opzicht lijkt er op te kunnen worden gewezen dat 30% overeenkomt met het aandeel van de exploitatiekosten binnen de kostenstructuur van de parken, die wel wordt geïndexeerd, enkel voor zover de stijging van de index groter is dan gemiddeld 2% per jaar. Omgekeerd, wordt 70% van de LCOE en kabeltoeslag niet geïndexeerd. Hieromtrent kan misschien nog [worden] verduidelijkt dat de bouwkosten reeds gemaakt en betaald zijn aangezien de bouw voltooid is ».

Il est recommandé de reproduire cette motivation dans le rapport au Roi (voir à ce propos l'observation 5).

10. À l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter*, premier tiret, a), deuxième tiret, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 (article 4, 2^o, du projet), on écrira dans le texte néerlandais « van 1 september 2016 » au lieu de « du 1^{er} september 2016 ».

11. À la question de savoir quel est le résultat visé par l'article 4, 3°, et l'article 5, 4°, du projet, le délégué a répondu que, conformément à la proposition de la CREG, ces dispositions entendent prévoir que le facteur de correction fixé par concession domaniale ne peut dépasser 100%.

Ces dispositions doivent toutes deux être rédigées en ce sens, comme suit :

« au deuxième tiret, le segment de phrase 'le facteur de correction est égal à 0,10' est remplacé par le segment de phrase 'le facteur de correction ne peut dépasser 100%' ».

Article 6

12. À l'article 14, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, une obligation de paiement est imposée dans le chef du titulaire d'une concession domaniale lorsque le prix minimum des certificats verts « tel que défini conformément à l'alinéa 2 » est inférieur à -20 EUR/MWh. Il semble résulter de la formulation de cette disposition que cette obligation de paiement pourrait éventuellement également s'appliquer aux titulaires d'une concession domaniale visés à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*bis*, de cet arrêté, et pas seulement aux titulaires d'une concession domaniale visés à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter* et 1^o*quater*, de cet arrêté, bien qu'il ne soit pas prévu d'adapter le régime de soutien pour ces titulaires d'une concession.

Les auteurs du projet vérifieront si telle est l'intention ⁸.

13. Toujours à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, il est prévu que le titulaire de la concession domaniale verse le montant correspondant à l'obligation de paiement « dans les soixante jours suivant la fin du mois au cours duquel les certificats verts concernés ont été octroyés par la commission ». Interrogé, à la suite d'une observation de la CREG ⁹, sur le point de savoir si les titulaires d'une concession domaniale pourraient éviter l'obligation de paiement en ne demandant pas (temporairement ou non) de certificats verts, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Er moet op gewezen dat de betalingsverplichting vervat in artikel 14, § 1, vierde lid, eerste zin, van KB 16 juli 2002 niet afhankelijk is gemaakt van de uitreiking van een certificaat. Weliswaar wordt in het ontwerp besluit momenteel de termijn voor de betalingsverplichting inderdaad gekoppeld aan die uitreiking van het certificaat dat in principe slechts kan worden uitgereikt door de CREG nadat daartoe rechtmatig een aanvraag vanwege de concessiehouder werd ontvangen.

⁸ Pour les titulaires d'une concession domaniale visés à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*bis*, de l'arrêté, il n'est en tout cas pas prévu d'indexation du prix minimum (article 4 du projet) ni de prolongation de la période de soutien (article 7 du projet).

⁹ Proposition de la CREG du 26 janvier 2023, (C) 2498, pp. 9-10.

Er zullen ook nieuwe informatieverplichtingen voor de domeinconcessiehouder voortvloeien maandelijks uit dit ontwerp KB die de berekening door de CREG van de betalingsverplichting faciliteren. Zo wordt bij artikel 3 van het ontwerp KB wordt wel voorgeschreven dat de domeinconcessiehouder de productiegegevens van de vorige maand verstrekt aan de commissie (middels een wijziging van artikel 11 van het KB van 16 juli 2002). En zo wordt in artikel 14, §1, zesde lid (het aangepaste ouder vierde lid) ook voorzien de betalingsverplichting ook het voorwerp moet uitmaken van een contract tussen concessiehouder en Elia (goed te keuren door de CREG), waarbij dat contract alle nodige procedures en modaliteiten moet bevatten om die berekening van de betalingsverplichting mogelijk te maken.

In het licht van bovenstaande wordt volgende aanpassing voorgesteld:

‘De domeinconcessiehouder betaalt dit bedrag binnen zestig dagen na het einde van de maand waarin de betreffende kennisgeving vanwege de commissie heeft plaats gevonden, bedoeld in artikel 11, eerste lid.’

Op die manier wordt de betalingstermijn niet langer gekoppeld aan het tijdstip van uitreiking van certificaten, maar wel aan het tijdstip waarop de CREG een kennisgeving verricht (na haar berekening) aan de netbeheerder en de concessiehouder van het bestaan van een betalingsverplichting.

In die context lijkt het ook aangewezen om in artikel 11 KB 16 juli 2002 volgende wijziging aan te brengen (cfr. artikel 3, 3° van het wijzigingsbesluit):

‘Indien de houder van een domeinconcessie overeenkomstig artikel 14, § 1, vierde lid, een betaling aan de netbeheerder moet verrichten, brengt de commissie de netbeheerder en de domeinconcessiehouder op de hoogte’ ».

Cette solution peut être admise.

14. Dans la quatrième phrase de l’article 14, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de l’arrêté royal du 16 juillet 2002, le texte néerlandais et le texte français ne concordent pas parfaitement. Dans le texte néerlandais, on peut lire que l’obligation de paiement visée dans cet alinéa prend fin « op dezelfde datum zoals bepaald in het vijfde lid », alors que le texte français mentionne « à la même date que l’obligation d’achat des certificats verts, telle que déterminée à l’alinéa 5 ».

Il y a lieu d’éliminer cette discordance.

Article 11

15. Dans la deuxième phrase de l’article 14, § 1^{er}octies, alinéa 3, en projet, de l’arrêté royal du 16 juillet 2002, on écrira dans le texte néerlandais « gelijk is aan nul » au lieu de « gelijk is aan nul is ». Dans la sixième phrase, on écrira dans le texte néerlandais « overeenkomstig paragraaf 1, vierde lid, » au lieu de « overeenkomstig paragraaf 1, vierde lid, , ».

Dans la même disposition en projet, le texte français et le texte néerlandais ne concordent pas tout à fait. Dans la quatrième phrase, le texte néerlandais, contrairement au texte français, précise que le décompte relatif au volume et le décompte résiduel relatif au prix font également (« ook ») l'objet d'un rapport. Il semble plus important encore que dans la cinquième phrase, *in fine*, le texte néerlandais dispose que « de veronderstelde elektriciteitsproductie » (la production d'électricité présumée) doit, le cas échéant, être diminuée « overeenkomstig het tweede lid », alors que le texte français postule « conformément au *présent* alinéa ».

Il y a lieu d'éliminer ces discordances.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE