



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 75.107/16
van 11 januari 2024

over

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

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 75.107/16
du 11 janvier 2024

sur

un projet d'arrêté royal 'établissant la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique'

Op 14 december 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 3 januari 2024. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Tim CORTHAUT, staatsraden, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 januari 2024.

*

Le 14 décembre 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, sur un projet d'arrêté royal ‘établissant la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 3 janvier 2024. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 11 janvier 2024.

*

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

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt hoofdzakelijk tot het vaststellen van de regels met betrekking tot de concurrerende inschrijvingsprocedure voor het toekennen van de kavels voor de bouw en exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België en van de voorwaarden waaronder de aldus toegekende domeinconcessies mogen worden geëxploiteerd. Het ontwerp stelt de voorwaarden vast voor de toewijzing van kavels in drie gebieden in de Noordzee: Noordhinder Noord, Noordhinder Zuid en Fairybank, gezamenlijk de “Prinses Elisabeth-zone” genoemd.

De artikelen 2 tot 38 van het ontwerp stellen de nadere regels vast voor de concurrerende inschrijvingsprocedure. Titel 3 van het ontwerp (artikelen 39 tot 61) bevat de rechten en verplichtingen van de concessiehouder bij de uitvoering van de domeinconcessie, inclusief een steunregeling op basis van een *contract for differences*. Titel 4 van het ontwerp (artikelen 62 tot 65) stelt een nieuwe regeling vast inzake keuringsinstellingen en conformiteitsattesten en titel 5 van het ontwerp omvat, aansluitend bij die regeling, een aantal wijzigingsbepalingen van bestaande koninklijke besluiten¹ (artikelen 66 tot 75).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag waarop het is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (artikel 766 – lees: artikel 76 – van het ontwerp).

RECHTSGROND

3. Uit de aanhef blijkt dat de rechtsgrond voor het ontwerp gezocht wordt in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met de artikelen 6/3, § 3, 7 en 30bis, § 2, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet).

3.1. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de wet van 19 december 2023 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, die op 27 december 2023 werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, met inwerkingtreding op 6 januari 2024, onder meer de in de aanhef vermelde artikelen 6/3, § 3, en 7 van de Elektriciteitswet wijzigt.

¹ 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’ en het koninklijk besluit van 30 juli 2013 ‘betreffende de instelling van een systeem voor de toekenning van garanties van oorsprong voor elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

3.1.1. Artikel 3 van de wet van 19 december 2023 wijzigt onder meer paragraaf 3 van artikel 6/3 van de Elektriciteitswet. Artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet luidt (de door de recent aangenomen wet doorgevoerde wijzigingen zijn onderlijnd):

“§ 3. Bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van de commissie, bepaalt de Koning het verloop van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels, en inzonderheid:

1° de nadere regels van de concurrerende inschrijvingsprocedure en de inhoud van het bestek, met zorg voor een gepaste publiciteit, een daadwerkelijke mededinging en gelijke behandeling van alle kandidaten die deelnemen. De regels die de concurrerende inschrijvingsprocedure organiseren zorgen er in het bijzonder voor dat de keuze voor de winnende inschrijver die de meest gunstige inschrijving heeft ingediend gelijktijdig zal gebeuren met de toekenning van de vergunningen en machtigingen vereist krachtens de wet van 13 juni 1969 inzake de exploratie en de exploitatie van niet-levende rijkdommen van de territoriale zee en het continentaal plat en de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België;

2° de ontvankelijkheidscriteria waaraan de kandidaten van de concurrerende inschrijvingsprocedures dienen te voldoen, die onder meer betrekking hebben op de technische, organisatorische, financiële en professionele capaciteit van de inschrijver;

3° de objectieve, niet-discriminerende en transparante toekenningscriteria op basis waarvan een rangorde wordt opgemaakt en de geselecteerde inschrijver van de concurrerende inschrijvingsprocedure wordt aangeduid;

4° de regels inzake het sluiten van de contractuele band tussen de Belgische staat en de geselecteerde inschrijver van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de rechten en plichten van de partijen, alsook de regels inzake controlewijziging, fusie of splitsing van de titularis van een domeinconcessie;

5° de regels inzake de overdracht, gehele of gedeeltelijke ontheffing en intrekking van de domeinconcessie;

6° de regels inzake de start en duur van de domeinconcessie, de bouwfase, de exploitatiefase en ontmantelingsfase;

7° de activiteiten die de titularis van een domeinconcessie kan ontwikkelen naast de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de desbetreffende kavel;

8° de financiële zekerheden die de titularis van een domeinconcessie dient te stellen;

9° de mate waarin en de wijze waarop burgerparticipatie kan worden voorzien en hernieuwbare energiegemeenschappen kunnen worden betrokken door de titularis van een domeinconcessie alsook het minimaal te behalen percentage burgerparticipatie;

10° in voorkomend geval, de steun overeenkomstig artikel 7 voor een maximale duurtijd van twintig jaar;

11° de regels inzake verzaking aan de domeinconcessie door de domeinconcessiehouder en de verzakingsvergoeding die daarvoor zal moeten worden betaald.”

3.1.2. Artikel 7, § 1^{quater}, van de Elektriciteitswet luidt na de wijziging ervan bij de wet van 19 december 2023 als volgt:

“§ 1^{quater}. Bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de commissie, kan de Koning een steunregime vaststellen ter bevordering van de productie van elektriciteit geproduceerd overeenkomstig artikel 6/3 en gerelateerde maatregelen van marktorganisatie vaststellen.

Bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de commissie, bepaalt de Koning de berekeningsmethode van de kost voortvloeiend uit de maatregelen, bedoeld in het eerste lid, voor ieder exploitatiejaar.

De Federale Staat en de commissie sluiten een protocol teneinde de nadere regels vast te leggen van de periodieke betaling van de toegekende steun.

De financiering van deze maatregelen geschiedt overeenkomstig de nadere regels bepaald in artikel 21^{quinquies}, tweede lid.”

3.2. Het aldus gewijzigde artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet biedt, onder voorbehoud van wat hierna wordt uiteengezet, rechtsgrond voor de artikelen 2 tot 61 van het ontwerp. Voor wat betreft de artikelen 40 tot 42 moet daarbij bijkomend rechtsgrond worden gezocht in artikel 7, § 1^{quater}, van de Elektriciteitswet. Voor wat betreft artikel 51, § 1, van het ontwerp moet ook een beroep worden gedaan op artikel 30^{bis}, § 2, van de Elektriciteitswet.

Gelet op die specifieke en omvattende rechtsgronden is er geen reden om bijkomend een beroep te doen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning.

4.1. Artikel 24, eerste lid, *in fine*, van het ontwerp sluit een eventuele schadevergoeding wegens niet-gunning volledig uit, ongeacht de concrete omstandigheden, dus ook bij het stopzetten zonder deugdelijke motieven of willekeurig handelen van de concessieverlenende overheid. Geen van de in artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet vermelde aspecten die de Koning mag regelen hebben rechtstreeks betrekking op de schadevergoeding bij niet-gunning. Er kan daarvoor ook niet bijkomend worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, aangezien nergens uit blijkt dat de wetgever een dergelijke maatregel voor ogen had bij de uitwerking van de regeling van artikel 6/3 van de Elektriciteitswet of dat een dergelijke maatregel noodzakelijk is voor de effectieve toepassing van die regeling, rekening houdende met de algemene economie van de wet, zoals die moet worden afgeleid uit de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en uit de doelstellingen die de wetgever nastreefde.

Gevraagd wat de rechtsgrond is voor artikel 24, eerste lid, *in fine* van het ontwerp, stelde de gemachtigde:

“Er zou kunnen worden voorgesteld om die bepaling te herformuleren als volgt: ‘zonder dat de inschrijvers aanspraak kunnen maken op vergoeding van indirecte schade of gederfde winsten.’”

Ook in het geval van die engere invulling van de beperking van het recht op schadevergoeding blijft de rechtsgrond voor een dergelijke exonerationebepaling wankel, zodat het aanbeveling verdient om eerst in een meer deugdelijke wettelijke rechtsgrond te voorzien.²

4.2. Artikel 36, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden “ingesteld bij de Raad van State binnen de in het eerste lid bedoelde termijn” (i.e. een termijn van vijftien dagen). Ook uit het laatste lid van artikel 36, dat melding maakt van “een vordering tot schorsing binnen de in het eerste lid bedoelde termijn” lijkt te kunnen worden begrepen dat wordt beoogd een beroepstermijn bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, te bepalen. Het verslag aan de Koning bevestigt dit ook:

“Artikel 36 stelt een standstill-periode van vijftien dagen vast waarbinnen inschrijvers een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid (UDN) tegen de gunningsbeslissing kunnen instellen bij de Raad van State.”

Gelet op de kwalificatie als domeinconcessie (zie verder opmerking 7), zijn de bijzondere termijnen voor vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vermeld in de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ niet van toepassing op het voorliggende ontwerp, zodat op vorderingen tot schorsing met betrekking tot de voorliggende gunningsprocedures de algemene voorwaarden van artikel 17 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 voor het instellen van een vordering tot schorsing, al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid, gelden. De vraag rijst bijgevolg of het ontwerp beoogt om in afwijking daarvan de beroepstermijnen bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak te regelen.

Om verdere toelichting verzocht, ontkende de gemachtigde eerst dat het ontwerp de termijn regelt waarbinnen een vordering kan worden ingesteld tegen de betreffende beslissing:

“Artikel 36 van het ontwerp besluit regelt het tijdsbestek waarin de concessie kan worden gesloten, waarbij dergelijke sluiting niet is toegestaan:

(1) voor het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat vanaf de mededeling van de gemotiveerde beslissing aan de betrokken inschrijvers, en ook niet

(2) voordat de Raad van State uitspraak heeft gedaan in geval er een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingesteld bij de Raad van State binnen de voornoemde termijn

De termijn waarbinnen een vordering kan worden ingesteld tegen de betreffende beslissing wordt niet geregeld in het ontwerp besluit, daarvoor moet het wettelijk kader toegepast toepasselijk op de mogelijkheid tot betwisting van bestuurshandelingen.”

² Daarbij zal de wetgever er bovendien op moeten toezien dat geen staatsaansprakelijkheid wordt uitgesloten in die gevallen waarin dat door het Europees recht wordt vereist (zie HvJ 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, ECLI:EU:C:1991:428; HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79). In dat verband moet in het bijzonder worden gewezen op de mogelijkheid dat een gunningsprocedure die in weerwil van het *standstill*-beginsel van artikel 108, lid 3 VWEU werd opgestart, zou moeten worden stopgezet omwille van bezwaren van de Europese Commissie. Zie daarover opmerking 6. Ook zal er rekening mee moeten worden gehouden dat een dergelijke beperking van het recht op schadevergoeding een inmenging inhoudt in het recht op eigendom gewaarborgd door artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.

Verder ondervraagd of het ontwerp dan geen gevolgen heeft voor de beroepstermijn, en inschrijvers dus ook later (dus bijvoorbeeld op de zestiende dag na de kennisgeving van de toewijzingsbeslissing) nog een vordering tot schorsing mogen instellen, stelde de gemachtigde echter:

“Voor zover en in de mate dat uw Afdeling Wetgeving zou menen dat dergelijke vorderingstermijn middels dit ontwerp besluit zou kunnen worden geregeld rekening houdend met de rechtsgrond in artikel 6/3, §3 van de elektriciteitswet en artikel 108 van de Grondwet (desgevallend als ‘lex specialis’ ten opzichte van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die geen termijn lijkt te voorzien voor dergelijke vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, cfr. artikel 17), zou inderdaad kunnen worden voorzien dat dergelijke vordering niet buiten de aangehaalde termijn van 15 dagen zou kunnen worden ingesteld en zodoende het in acht nemen van de vorderingstermijn van 15 dagen zou kunnen volstaan om de voorwaarde van spoedeisendheid aan te tonen.”

De Koning kan op grond van artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet weliswaar de gevolgen van het instellen van een schorsingsberoep op het verdere verloop van de gunningsprocedure regelen, maar voor zover de stellers van het ontwerp zouden beogen om de termijn zelf te wijzigen voor het instellen van een specifieke procedure bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, raakt het ontwerp aan de toegang tot de rechter, waarvoor een uitdrukkelijke wettelijke rechtsgrond is vereist.³ Een rechtsgrond die de Koning zou toelaten om de termijn voor een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te beperken, lijkt echter te ontbreken.

Indien artikel 36 van het ontwerp beperkend zou worden geïnterpreteerd, zodat het enkel betrekking zou hebben op de gevolgen van een vordering tot schorsing die wordt ingesteld in de eerste vijftien dagen na de gunningsbeslissing, zou de bepaling bovendien onvolkomen zijn. Gewone vorderingen tot schorsing die buiten die termijn worden ingesteld kunnen immers aanleiding geven tot dezelfde problemen die de ontworpen bepaling beoogt te vermijden. Daarvoor ontbreekt dan echter een regeling.

Bijgevolg moet artikel 36 van het ontwerp worden heroverwogen, en zal er desgevallend eerst in een deugdelijke rechtsgrond moeten worden voorzien.

4.3. Op basis van artikel 42 van het ontwerp kan de concessiehouder, in een periode van drie jaar na de indienstelling van de eerste productie-eenheid van zijn productie-installatie, voor maximum de helft van de totale elektriciteitsproductie van zijn productie-installatie een of meerdere contracten sluiten met eindafnemers voor de verkoop van elektriciteit, op basis van een *pay as produced* profiel, aan een vaste prijs waarbij de prijs van de geproduceerde energie niet hoger is voor de eindafnemer dan de (in voorkomend geval geïndexeerde) strike price vermeerderd met 3 euro per megawattuur (artikel 42, § 1, eerste lid, van het ontwerp). De concessiehouder kan daarnaast één of meerdere contracten voor de verkoop van elektriciteit sluiten met burgers, en kmo's, lokale autoriteiten, waaronder gemeenten, onderwijsinstellingen en verenigingen mits toepassing van de voorwaarden voor directe burgerparticipatie, voor de verkoop van een bijkomend volume van maximum vijfentwintig procent van de totale elektriciteitsproductie van zijn productie-

³ Vgl. adv. RvS 72.484/1 van 6 december 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 19 januari 2023 ‘houdende uitvoering van de wet van 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van architecten’, opmerking 3.3.

installatie, op basis van een *pay as produced* profiel, aan een vaste prijs, waarvan de verkoopprijs van de geproduceerde energie beperkt is tot de (in voorkomend geval geïndexeerde) strike price vermeerderd met 3 euro per megawattuur (artikel 42, § 1, tweede lid, van het ontwerp). Het gedeelte van de productie dat in het kader van dergelijke contracten wordt verkocht wordt uitgesloten van de toepassing van het steunmechanisme bedoeld in artikel 40 van het ontwerp (de zogenaamde *carve-out*). Voor de afnemers in kwestie heeft de regeling echter als gevolg dat een maximumprijs wordt ingesteld waartegen dat deel van de geproduceerde elektriciteit mag worden verkocht, wat voor die afnemers bij hoge energieprijzen een significant voordeel inhoudt.

Volgens de gemachtigde zou deze bepaling rechtsgrond vinden in artikel 6/3, § 3, 10°, van de Elektriciteitswet, dat echter louter de Koning machtigt tot het vaststellen van steun voor een duurtijd van 20 jaar, en artikel 7, § 1^{quater}, eerste lid, van de Elektriciteitswet, dat de Koning machtigt om een steunregime vast te stellen ter bevordering van de productie van elektriciteit geproduceerd overeenkomstig artikel 6/3 en gerelateerde maatregelen van marktorganisatie. In de memorie van toelichting bij de wet van 19 december 2023 wordt inzake de laatst vermelde bepaling het volgende gesteld:⁴

“In die nieuwe paragraaf 1^{quater} wordt een machtiging aan de Koning voorzien tot vaststelling van een steunregime, op basis waarvan bijvoorbeeld door de Koning ook een door de commissie beheerd systeem voor de toekenning van garanties van oorsprong zou kunnen worden voorzien. Bovendien wordt in die nieuwe paragraaf 1^{quater} eveneens een machtiging aan de Koning voorzien tot vaststelling van maatregelen van marktorganisatie op basis waarvan bijvoorbeeld door de Koning ook een maximumprijs zou kunnen worden opgelegd voor de verkoop van de niet gesubsidieerde elektriciteit.”

4.3.1. Ondanks dit aanknopingspunt in de memorie van toelichting bij de wet van 19 december 2023 valt te wijzen op het volgende.

Artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht luidt als volgt:

“De prijzen van goederen en diensten worden bepaald door de vrije mededinging.”

In het advies van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) bij het ontwerp wordt in dit verband, naast de in opmerking 4.3.2 vermelde fundamentele bezwaren inzake de verenigbaarheid met het Europees recht, het volgende gesteld:

“(…) Tot slot merkt de CREG op dat de *carve-out* naar Belgisch recht een afwijking vormt op het beginsel van de vrije prijsvorming zoals vastgelegd in artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht. Hoewel dergelijke afwijkingen op zich niet verboden zijn, moeten ze bij of krachtens de wet zijn voorzien. Artikel 6/3 van de elektriciteitswet lijkt echter niet te voorzien in een dergelijke toelating, zodat er volgens de CREG geen rechtsgrond bestaat voor het systeem.”⁵

⁴ *Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 3651/001, 12.

⁵ Advies (A)2606 van 19 juli 2023 over het ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van het verloop van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België. Artikel 6/3, § 3 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, p. 8.

Het rechtsgrondbezwaar van de CREG is terecht. In een eerder advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving, werd immers al gesteld dat een uitdrukkelijke wettelijke machtiging voor de Koning noodzakelijk is om van artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht af te wijken.⁶ De mogelijkheid om af te wijken van artikel V.2. van het Wetboek van economisch recht is bovendien in verschillende artikelen van de Elektriciteitswet ingeschreven,⁷ maar niet in de artikelen 6/3 en 7 van de Elektriciteitswet.

De argumentatie in het verslag aan de Koning, die hieronder summier wordt samengevat, biedt geen antwoord op het geschetste rechtsgrondprobleem:

“De doelstellingen waar het principe dat prijzen vrij moeten worden bepaald door leveranciers – in een goed functionerende markt gebaseerd de interactie tussen vraag en aanbod – van artikel 5 (en 9) van de elektriciteitsrichtlijn, toe bijdragen zijn: (i) consumenten mondiger maken, (ii) investeringssignalen in de markt sturen, wat de bevoorradingszekerheid op middellange termijn en de overgang naar een koolstofarm systeem ondersteunt, (iii) de overgang naar een flexibel elektriciteitssysteem, met name met participatie aan de vraagzijde, (iv) energie-efficiëntie en energiebesparing - aangezien de energieprijzen een belangrijk signaal is van de reële waarde van energie, en (v) keuzemogelijkheden voor consumenten, aangezien leveranciers met elkaar concurreren om betere aanbiedingen te doen op basis van prijs en service. Dezelfde redenering kan worden toegepast op de beginselen van artikel 3 van de Verordening (EU) 2019/943, respectievelijk artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht.

(...)

De capaciteit/het aanbod van hernieuwbare energie kan op korte termijn niet worden verhoogd op een manier die de vraag in evenwicht brengt en het evenwicht in de markt herstelt: de markt heeft niet de capaciteit om zichzelf te corrigeren.

(...)

Meer in het bijzonder met betrekking tot de voornoemde bepalingen, dient ten eerste te worden opgemerkt dat de voorgestelde regeling de mededinging niet uitschakelt op een manier die in strijd zou zijn met artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht. Op het moment dat de concurrerende inschrijvingsprocedure wordt georganiseerd, is er een aanzienlijke concurrentie voor de markt: de concurrerende inschrijvingsprocedure wordt geëvalueerd op basis van twee belangrijke gunningscriteria, namelijk (i) de strike Price (gewaardeerd met 90 punten) en (ii) de innovatie van het bedrijfsmodel (gewaardeerd met 10 punten). Gezien het belang dat wordt gehecht aan het prijs criterium, zal elke kandidaat worden gestimuleerd om een zo laag mogelijke strike price in te dienen en dus fel te concurreren om de domeinconcessie in de wacht te slepen.”

Het komt niet aan de Koning toe om, zonder daar afdoende en uitdrukkelijk toe gemachtigd te zijn door een wettelijke bepaling, regels vast te stellen die, in afwijking van artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht, de werking van de elektriciteitsmarkt beogen te corrigeren en leiden tot een geheel nieuw overheidsingrijpen in de prijsstelling voor de levering

⁶ Zie bijvoorbeeld adv.RvS 54.884/3 van 20 januari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 26 maart 2014 ‘tot wijziging de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3357/001, 31-32, opmerking 12: “Aangezien de Koning niet mag handelen in strijd met de wet, zullen na de woorden ‘de Koning’ de woorden ‘niettegenstaande artikel V.2 van het Wetboek van Economisch Recht’ moeten worden ingevoegd).”

⁷ Zie artikel 7sexies, § 4, derde lid, artikel 8, § 1/1, vierde lid, en artikel 19bis, § 3, 2°, van de Elektriciteitswet.

van elektriciteit. De omstandigheid dat die maximumprijzen worden opgelegd aan een domeinconcessiehouder die is aangeduid na een marktbevraging verandert daar niets aan, aangezien er ook dan nog steeds wordt afgeweken van het in artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht omschreven principe. Bijgevolg ontbreekt het de Koning aan een afdoende rechtsgrond om een regeling in te voeren die afwijkt van het beginsel van de vrije prijsvorming.

Indien niet eerst in een afdoende en uitdrukkelijke rechtsgrond wordt voorzien, kan de regeling van de maximumprijs niet worden behouden. Aangezien het schrappen van dit element belangrijke gevolgen zou hebben voor het steunmechanisme moet dan wellicht de hele *carve-out* regeling worden heroverwogen, in welk geval het ontwerp, minstens om die reden, opnieuw voor advies aan de Raad van State zou moeten worden voorgelegd.

4.3.2. Indien de wetgever alsnog in een dergelijke rechtsgrond zou wensen te voorzien moet echter ook worden gewezen op het volgende.

In haar advies maakt de CREG het volgende voorbehoud met betrekking tot de verenigbaarheid van een maximumprijs met het EU recht:⁸

“13. De CREG merkt op dat de tekst van het ontwerp van koninklijk besluit duidelijk verwijst naar de levering van elektriciteit tegen een maximumprijs, die een (niet-verplichte) optie vormt voor de concessiehouder die een bepaald deel van het geproduceerde volume van de ondersteuning via de 2-zijdige CfD wil uitsluiten.

Het opleggen van een maximumprijs voor de leveringscontracten die onder de *carve-out* vallen, vormt echter overheidsingrijpen in de prijsstelling voor de levering van elektriciteit die zou kunnen worden beschouwd als strijdig met artikel 5 van Richtlijn (EU) 2019/944 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit. Deze bepaling voorziet dat dat "[leveranciers] vrij [zijn] de prijs waarvoor zij aan de afnemers leveren, vast te stellen". Weliswaar voorziet het bovengenoemde artikel 5 in uitzonderingen op dit beginsel (i) enerzijds ten behoeve van energiearme en kwetsbare huishoudelijke afnemers, in overeenstemming met bepaalde in artikel 5.4 genoemde voorwaarden en (ii) anderzijds ten gunste van andere huishoudelijke afnemers of microondernemingen, maar alleen bij wijze van overgangsmaatregel om "doeltreffende mededinging tot stand te brengen voor elektriciteitsleveringscontracten tussen leveranciers en om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen" (artikel 5.6) en eveneens onder voorbehoud van de naleving van strikte voorwaarden bepaald in artikel 5.7. Aangezien de *carve-out* betrekking lijkt te hebben op de levering aan afnemers die niet uitsluitend huishoudelijke afnemers of microondernemingen zijn, lijkt hij op grond van een eerste analyse hoe dan ook in strijd te zijn met artikel 5 van Richtlijn (EU) 2019/944.

De CREG merkt in dit verband op dat het mechanisme van de openbare dienstverplichtingen, zoals bepaald in artikel 9 van Richtlijn 2019/944, niet toelaat om te ontsnappen aan de beperkingen inzake de vaststelling van de leveringsprijzen die in voornoemd artikel 5 zijn vastgelegd⁹.

⁸ Advies (A)2606 van 19 juli 2023, p. 7-8.

⁹ Voetnoot 1 van het aangehaalde advies: Artikel 9, lid 2, van de Richtlijn bepaalt in het bijzonder dat "openbaredienstverplichtingen met betrekking tot de prijsstelling voor de levering van elektriciteit moeten voldoen aan de eisen van artikel 5 van deze richtlijn".

Het opleggen van een maximumprijs in de carve-out zou ook als strijdig kunnen worden beschouwd met artikel 3, a) en b), van Verordening (EU) 2019/943 betreffende de interne markt voor elektriciteit, waarin het volgende wordt bepaald:

‘De lidstaten [...] waarborgen dat de elektriciteitsmarkten in overeenstemming met de volgende beginselen worden beheerd: a) prijsvorming vindt plaats op basis van vraag en aanbod; b) de marktvoorschriften moedigen de vrije prijsvorming aan en vermijden acties waardoor prijsvorming op basis van vraag en aanbod wordt tegengegaan; [...]’

Wat betreft de vraag of het mechanisme in overeenstemming is met zowel artikel 9 van Richtlijn 2019/944 als Verordening 2019/943, lijkt de vrijwillige aard van het mechanisme niet van dien aard te zijn dat de bovenstaande analyse fundamenteel wordt gewijzigd.

Volgens de CREG zou de carve-out met cap van +3 EUR/MWh ook als problematisch kunnen worden beschouwd in het licht van de regels inzake staatssteun, met name (i) omdat de cap een potentieel significante daling van de strike price (en dus van het steunbedrag (zoals hierboven vermeld)) verhindert, (ii) omdat hij een maatregel is die indruist tegen de efficiënte werking van de markt¹⁰, (iii) omdat hij zou kunnen worden beschouwd als een maximumprijs die de concurrerende inschrijvingsprocedure belemmert¹¹ en iv) omdat hij zou kunnen worden beschouwd als indirecte steun ten gunste van niet-huishoudelijke afnemers. De bespreking van deze verschillende punten van kritiek valt buiten het bestek van dit advies en is een zaak voor de Europese Commissie, die zich hierover moet uitspreken in het kader van de aanmeldingsprocedure voor het ondersteuningsmechanisme dat is voorzien voor de productie-installaties van de Prinses Elisabethzone.

(...)”

Het verslag aan de Koning omvat weliswaar een repliek op de opmerkingen van de CREG, maar die toelichting gaat eraan voorbij dat artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’ overheidsingrijpen in de prijsstelling voor de levering van elektriciteit enkel mogelijk maakt voor specifieke categorieën van personen, namelijk “energiearme en kwetsbare huishoudelijke afnemers” en dan ook nog enkel onder zeer strikte voorwaarden,¹² terwijl het toepassingsgebied van artikel 42 van het ontwerp veel ruimer is en de maximumprijs geldt voor alle afnemers van de energieproductie die onder de *carve-out* valt. De voorliggende regeling lijkt bijgevolg onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbevestiging, wat bovendien gevolgen kan hebben voor de beoordeling door de Europese Commissie van de verenigbaarheid van het ontworpen steunmechanisme met de interne markt.

¹⁰ Voetnoot 2 van het aangehaalde advies: Volgens de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022 § 123.

¹¹ Voetnoot 3 van het aangehaalde advies: EEAG 2022, § 42.

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

Bijgevolg zal slechts in een specifieke rechtsgrond kunnen worden voorzien voor het instellen van een maximumprijs in de mate dat die maximumprijs enkel wordt gehanteerd ten aanzien van de doelgroepen die worden vermeld in artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 en onder de voorwaarden die in die bepaling worden vermeld.

4.4. Artikel 44, tweede lid, van het ontwerp beoogt uitvoering te geven aan de machtiging die is opgenomen in artikel 6/3, § 11, tweede lid, van de Elektriciteitswet, zoals ingevoegd door de wet van 19 december 2023, hoewel die wetsbepaling niet wordt vermeld in de aanhef. De ontworpen bepaling is echter niet geheel in overeenstemming met die wetsbepaling. De voornoemde paragraaf 11 luidt:

“De commissie is belast met de controle op de naleving en sanctionering van de vereiste van burgerparticipatie in het kader van een concurrerende inschrijvingsprocedure zoals bepaald door de Koning overeenkomstig paragraaf 3, 9°.

De commissie is ermee belast deze vereiste periodiek te controleren en legt desgevallend een administratieve boete op aan de domeinconcessiehouder, zonder dat deze hoger kan zijn dan een percentage van de totale investeringskosten dat overeenstemt met het niet-behaalde gedeelte van het minimumpercentage. De commissie kan hierbij rekening houden met de omstandigheden en de geleverde inspanningen. De Koning kan de andere modaliteiten bepalen van voornoemde controle en de procedure voor het opleggen van voornoemde boete door de commissie.”

Overeenkomstig artikel 6/3, § 11, tweede lid, van de Elektriciteitswet, beschikt de CREG aldus over de mogelijkheid om bij het bepalen van de hoogte van de administratieve boete rekening te houden met de omstandigheden en de geleverde inspanningen. De ontworpen regeling bepaalt echter dat de CREG een boete moet opleggen met een waarde van het percentage van de totale investeringskosten dat overeenstemt met het niet-behaalde gedeelte van het minimumpercentage, tenzij overmacht kan aangetoond worden – een begrip dat, zo verduidelijkt de gemachtigde, moet worden begrepen in de zin van het Burgerlijk Wetboek¹³. Bijgevolg heeft de CREG niet steeds de bij wet voorziene mogelijkheid om in elk concreet geval, en dus ook buiten gevallen van overmacht, rekening te houden met de omstandigheden en de geleverde inspanningen. Die mogelijkheid impliceert immers dat de CREG meer kan doen dan louter bepalen of er sprake is van een “ontoerekenbare onmogelijkheid voor de schuldenaar om zijn verbintenis na te komen” in de zin van artikel 5.226, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, en ook buiten de gevallen van overmacht de administratieve boete mag matigen.

Artikel 44 van het ontwerp zal slechts geacht kunnen worden rechtsgrond te vinden in artikel 6/3, § 11, tweede lid, van de Elektriciteitswet indien die bepaling in die zin wordt aangepast.

¹³ Artikel 5.226, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek luidt: “Er is sprake van overmacht in geval van ontoerekenbare onmogelijkheid voor de schuldenaar om zijn verbintenis na te komen. Hierbij wordt rekening gehouden met het onvoorzienbaar en het onvermijdbaar karakter van het beletsel tot nakoming.” Die interpretatie van het begrip “overmacht” is ook relevant voor de artikelen 39, 40, 42 en 43 van het ontwerp.

5.1. Wat betreft de bepalingen die een nieuwe regeling vaststellen inzake de erkenning van keuringsinstellingen en het toekennen van conformiteitsattesten (artikelen 62 tot 65 van het ontwerp), moet het volgende worden opgemerkt.

Gevraagd om de rechtsgrond voor de artikelen 62 tot 65 van het ontwerp nader toe te lichten, stelde de gemachtigde:

“De erkenning van de keuringsinstelling en het conformiteitsattest zoals ingevoegd in artikel 62 tot 65 is nodig voor de inwerkingtreding van het tweerichtingscontract ter verrekening van de verschillen (= het steunmechanisme), zoals bepaald in artikel 40 KB Tender. Aldus kan de instelling van dergelijk conformiteitsattest niet losgezien worden van het toekennen van de steun wat zich in artikel 6/3, §3, 10° en artikel 7, §1quater bevindt.”

Er kan in beginsel worden aangenomen dat deze bepalingen rechtsgrond vinden in artikel 7, § 1quater, eerste lid van de Elektriciteitswet, dat de Koning machtigt tot het vaststellen van een steunregime ter bevordering van de productie van elektriciteit geproduceerd overeenkomstig artikel 6/3 en het vaststellen van gerelateerde maatregelen van marktorganisatie. In de memorie van toelichting bij de wet van 19 december 2023 wordt inzake de laatstvermelde bepaling het volgende gesteld:¹⁴

“In tegenstelling tot het huidige regime zal de betaling van de subsidies met betrekking tot de windparken die een domeinconcessie verkrijgen na de organisatie van een tender bedoeld in artikel 6/3 van de wet van 29 april 1999 niet langer verlopen op basis van door de CREG uit te reiken groenestroomcertificaten en niet meer middels een aankoopverplichting tegen minimumprijs in hoofde van de netbeheerder. Daartoe wordt voorzien in een nieuwe paragraaf 1quater in artikel 7, van de wet van 29 april 1999 met betrekking tot de offshore windparken het voorwerp zullen uitmaken van een domeinconcessie na een concurrerende inschrijvingsprocedure georganiseerd overeenkomstig in artikel 6/3, §§ 2 en 3, van de wet van 29 april 1999. In die nieuwe paragraaf 1quater wordt een machtiging aan de Koning voorzien tot vaststelling van een steunregime, op basis waarvan bijvoorbeeld door de Koning ook een door de commissie beheerd systeem voor de toekenning van garanties van oorsprong zou kunnen worden voorzien. (...)”

Uit de aangehaalde toelichting blijkt dat de wetgever voor ogen had dat een door de CREG beheerd systeem in de toekenning van garanties van oorsprong zou kunnen voorzien. Dit begrip vertoont gelijkenissen met het begrip “conformiteitsattest” in de zin van het ontwerp, dat aantoont dat de effectief geproduceerde elektriciteit groene stroom is en dat de geproduceerde hoeveelheid wordt berekend volgens de geldende meetnormen (artikel 63, § 2, van het ontwerp).

Er lijkt echter geen afdoende rechtsgrond te bestaan voor het instellen van een erkenningsregeling waarbij de minister keuringsinstellingen erkent die verantwoordelijk zijn voor het toekennen van conformiteitsattesten en voor het uitbrengen van verslagen over bezoeken aan de productie-installaties (artikel 62, 64 en 65 van het ontwerp). Gelet op het hoger aangehaalde citaat uit de memorie van toelichting, waarbij wordt verwezen naar een centrale rol voor de CREG, valt niet aan te nemen dat, rekening houdend met de algemene economie van de wet, de Koning het instellen van een dergelijke erkenningsregeling kon afleiden uit de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en uit de doelstellingen die de wetgever nastreefde. Eerder

¹⁴ Parl.St. Kamer 2023-24, nr. 3651/001, 12.

was de Raad van State, afdeling Wetgeving, al van oordeel dat het uitwerken van een erkenningsregeling (waarbij, net zoals in het voorliggende ontwerp, de erkenningsvoorwaarden, de wijze van indiening van de erkenningsaanvraag bij de bevoegde entiteit en de intrekking worden bepaald) niet in de algemene uitvoeringsbevoegdheid kan worden ingepast.¹⁵

De voornoemde bepalingen kunnen dan ook slechts doorgang vinden indien eerst in een afdoende rechtsgrond wordt voorzien.

5.2 Eenzelfde voorbehoud geldt *mutatis mutandis* ook bij de wijzigingen die de artikelen 66 tot 73 van het ontwerp doorvoeren in 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’, waarvoor artikel 7, § 1, van de Elektriciteitswet geen afdoende rechtsgrond biedt, nu de erkenning van certificatie-instellingen niet beschouwd kan worden als een maatregel van marktorganisatie in de zin van die bepaling.¹⁶

VORMVEREISTEN

6. Het ontwerp omvat een staatssteunregeling, 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 (hierna: VWEU), dient de Europese Commissie immers van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte te worden gebracht.

Gevraagd of het ontwerp al werd aangemeld, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

‘De aanmelding bij de Europese Commissie inzake staatssteun overeenkomstig artikels 107 en 108 VWEU is op heden nog niet gebeurd. Wel werden informeel de eerste contacten gelegd met de Europese Commissie en werden een eerste reeks vragen beantwoord. Het is onze intentie om dergelijke aanmelding voor staatssteun te verrichten in de loop van 2024 (Q1 wat betreft prenotificatie en uiterlijk Q2 of 3 wat betreft formele notificatie).

Het artikel 32, vierde lid, van het ontwerp besluit werd in het verslag aan de Koning voorzien van volgende toelichting in dat verband:

‘Er wordt een standstill-clausule met betrekking tot staatssteun voorzien. De domeinconcessie kan niet toegekend worden door de concessieverlenende overheid indien de Europese Commissie de steunmaatregelen vervat in dit besluit niet heeft goedgekeurd, of de termijn voor goedkeuring niet is verstreken. In het bijzonder wordt verwacht dat het tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen als

¹⁵ Adv.RvS 70.376/1 van 24 november 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 17 december 2021 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 september 2007 houdende de organisatie van de vaststelling van en de controle op de samenstelling van rauwe koemelk’, opmerking 2.2.6. Vgl. eveneens adv.RvS 45.486/3 van 2 december 2008 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 16 januari 2009 ‘tot invoering van een volumekorting op het loodsgeld voor loodsverrichtingen in de loodsvaarwateren’, opmerking 3.2.

¹⁶ Zie in die zin reeds adv.RvS 32.788/1 van 4 april 2002 over een ontwerp dat heeft geleid tot 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’, opmerking 2.2.1.

staatssteun kwalificeert. Zolang de steunmaatregelen niet goedgekeurd zijn, of de termijn voor goedkeuring niet verstreken is, lijkt het niet aangewezen om de domeinconcessie toe te kennen. Deze creëert immers het recht op de steun. Deze voorwaarde hoeft niet noodzakelijk vervuld te zijn voor de gehele Prinses Elisabeth-zone, maar enkel voor de betrokken kavels. Het is immers niet uitgesloten dat er meerdere aanmeldingen gebeuren en/of afzonderlijke beslissingen genomen worden voor de afzonderlijke kavels.”

Artikel 32, vierde lid, van het ontwerp bepaalt inderdaad dat de minister de gunningsbeslissing bedoeld in het eerste lid slechts kan nemen indien de Europese Commissie de steunmaatregelen vervat in dit besluit met betrekking tot de betrokken kavel(s) verenigbaar heeft verklaard met de interne markt overeenkomstig artikel 107 VWEU, of indien de termijn waarbinnen de Europese Commissie gehouden is een beslissing te nemen over de steunmaatregelen met betrekking tot de betrokken kavel(s) verstreken is.

De stellers van het ontwerp gaan er aldus vanuit dat het voorliggende ontwerp kan worden aangenomen en de toewijzingsprocedure kan worden opgestart voorafgaand aan een of meer beslissingen van de Europese Commissie inzake staatssteun. Het lijkt, op het ogenblik dat aanvragen reeds zijn ingediend, echter geenszins evident dat alsnog wordt ingegrepen op bestaande regels zoals die van het “tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen”, i.e. het steunmechanisme waarbij de begunstigde een vooraf bepaald vast inkomen gegarandeerd krijgt (“strike price”) op basis van AAP¹⁷ en waarbij het steunniveau (dat negatief kan zijn) verandert naargelang van de elektriciteitsreferentieprijs en de correctiefactor.¹⁸ De hoogte van de “strike price” is immers een van de toewijzingscriteria (zie artikel 19, § 2, van het ontwerp).

In dit verband kan het volgende in herinnering gebracht worden:¹⁹

“Krachtens artikel 108, lid 3, VWEU moeten de lidstaten elke maatregel tot invoering van nieuwe steun of wijziging van bestaande steun bij de Commissie aanmelden en mogen zij een dergelijke maatregel voorts niet ten uitvoer leggen zolang de Commissie geen definitief besluit heeft genomen over deze maatregel. Deze tweeledige verplichting (aanmelding en standstill) beoogt te waarborgen dat een steunmaatregel geen gevolgen heeft voordat de Commissie een redelijke termijn heeft gehad om de voorgenomen steun nauwkeurig te onderzoeken en, in voorkomend geval, de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Het uiteindelijke doel is uiteraard de mogelijkheid te vermijden dat er onverenigbare steun aan de begunstigten kan worden toegekend.”

De werkwijze die de stellers van het ontwerp voor ogen hebben zal aanleiding geven tot ernstige juridische problemen indien de beslissing van de Europese Commissie voorwaardelijk is geformuleerd en die voorwaarden nopen tot een aanpassing van het te nemen besluit. In voorkomend geval zal een aangepaste tekst of een ontwerp van wijzigingsbesluit (opnieuw) om

¹⁷ Artikel 1, § 2, 33°, van het ontwerp definieert “AAP” als “Available Active Power, de mogelijke beschikbare elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen voor een productie-installatie zonder curtailment, maar met aftrek van de onbeschikbaarheden”.

¹⁸ Artikel 1, § 2, 34°, van het ontwerp.

¹⁹ Conclusie van advocaat-generaal Emiliou van 9 november 2023, zaak C-516/22, *Europese Commissie t. Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland*, paragraaf 186.

advies moeten worden voorgelegd aan de Raad van State,²⁰ en zal de lopende toewijzingsprocedure(s) wellicht moeten worden stopgezet. Aangezien de steunvoorwaarden rechtstreeks verweven zijn met een cruciaal element van de biedingen – de strike price – kan de relevantie van de biedingen en de gelijkheid van de kandidaten in de gunningsprocedure dan immers niet meer worden gegarandeerd. Er moet bovendien op worden gewezen dat het afbreken van de gunningsprocedure doordat de overheid onzorgvuldig gehandeld heeft door een steunregeling te implementeren in weerwil van het *standstill*-beginsel niettegenstaande artikel 24, eerste lid, *in fine*, tot overheidsaansprakelijkheid kan leiden.²¹

Aan het voornoemde vormvereiste zal dus nog dienen te worden voldaan, waarbij aan het aan te nemen ontwerp geen uitvoering kan worden gegeven voordat de procedure bij de Europese Commissie tot een eindbeslissing heeft geleid. In beginsel moet de aanneming van het voorliggende besluit worden uitgesteld tot de Europese Commissie de aanmeldingsprocedure heeft beëindigd. In elk geval moet worden vermeden dat een concurrerende inschrijvingsprocedure zou worden aangevat voordat er zekerheid is over de voorwaarden waaronder steun zal worden verleend.

7. De ontworpen regeling beoogt een reglementair kader tot stand te brengen voor de uitbouw van de elektriciteitsproductie ten belope van een bijkomende capaciteit, om zo mee de sluiting van de kerncentrales op te vangen. Bovendien worden maximumprijzen voor de verkoop van elektriciteit opgelegd. Het gaat bijgevolg om een aangelegenheid die raakt aan de grote lijnen van het energiebeleid. In het licht hiervan werd de gemachtigde gevraagd of over het ontwerp overleg werd gepleegd met de gewesten overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. De gemachtigde stelde:

“Ons inziens valt dit ontwerp besluit onder de bevoegdheid die de federale overheid ontleent aan het artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (BWHI) en is de overlegverplichting bedoeld in artikel 6, § 3, 2°, BWHI derhalve niet van toepassing. Conform het internationale zeerecht vallen zeeruimtes onder de bevoegdheid van de federale overheid (België trad toe tot het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee en bepaalde haar EEZ (exclusieve economische zone) in 1999 waarbij die voor België samenvalt met het continentaal plat). De federale overheid is bijgevolg bevoegd voor de bevordering van energieproductie uit hernieuwbare energie op het Belgische continentaal plat. Het feit dat de offshore elektriciteitsproductie-installaties in de territoriale zee gelegen is betekent dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie alsook inzake de regels inzake financiering van installaties betreft integraal onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen (cfr. GwH 5 december 2006, nr. 193/2006, B.24.2).

Bovendien valt dit ontwerp besluit ons inziens niet onder de grote lijnen van het energiebeleid en geldt voor dit ontwerp besluit geen verplichting tot overleg met de

²⁰ Vgl. adv.RvS 73.304/3 van 28 april 2023 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 20 juli 2023 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met betrekking tot de kabeltoeslag’, *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3390/001, 23, opmerking 5; adv.RvS 73.306/3 van 28 april 2023 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 26 mei 2023 ‘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’, opmerking 4.

²¹ Zie daarover opmerking 4.1.

gewesten bedoeld in artikel 6, § 3, 3°, BWHI. Immers het voorliggende ontwerp besluit geeft uitvoering aan de beleidskeuzes die eerder werden gemaakt in de wet van 12 mei 2019 tot wijziging van de elektriciteitswet waarin reeds voorgeschreven werd dat een concurrerende inschrijvingsprocedure moet worden georganiseerd voor de toekenning van domeinconcessies op grond waarvan de succesvolle inschrijver aan wie de domeinconcessie wordt verleend toelating verkrijgt om gebruik te maken van de betrokken kavels met het oog de bouw en de privatieve exploitatie van offshore elektriciteitsproductie-installaties.

Wat betreft de uitoefening van de energiebevoegdheden op de Noordzee is het zo dat de gewesten slechts bevoegd zijn om de hun toegewezen aangelegenheden te regelen binnen hun territoriaal bevoegdheidsgebied, bepaald in de artikelen 3 en 5 van de Grondwet en artikel 2 van de Bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen (BWHI). De mariene gebieden (de territoriale zee en de exclusieve economische zone) van België liggen buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten (Grondwettelijk Hof 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.20.2.). De gewesten missen de bevoegdheid tot het vaststellen van regels in verband met gebiedsdelen die buiten hun territoriaal bevoegdheidsgebied zijn gelegen. Die regels moeten worden vastgelegd door de federale wetgever, die ter zake de residuaire bevoegdheid bezit (Advies Raad van State van 31 mei 2011, nr. 49.570/3).

Het feit dat de offshore energieproductie-installaties in de territoriale zee zijn gelegen, houdt in dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie als de regels inzake de financiering van de installaties betreft, integraal onder de bevoegdheid van de federale Staat vallen (I. GERKENS, *Droit de l'énergie et de l'immobilier*, Wolters Kluwer Belgium, 2010, 7.).

De bouw en exploitatie van de energieproductie-installaties in de Noordzee behoort tot de federale bevoegdheden, net zoals de bouw en de exploitatie van installaties noodzakelijk voor de transmissie van deze elektriciteit. Deze aangelegenheden ressorteren onder de federale bevoegdheden inzake de grote infrastructuur voor de stockering, het vervoer en de productie van energie (K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, o.c., 638.).

De bevoegdheid van de federale overheid inzake de productie van energie (Art. 6, §1, VII, tweede lid, c), BWHI) omvat in essentie de fossiele brandstoffen, de kernenergie en de offshore productie-installaties. Er moet overleg gepleegd worden tussen de betrokken gewestregeringen en de federale overheid over iedere maatregel op het gebied van energiebeleid, buiten de bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, van de BWHI.”

In dit verband kan het volgende worden opgemerkt.

In het advies 64.986/1 van 30 januari 2019 over het voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet die onder meer artikel 6/3 in de Elektriciteitswet heeft ingevoegd,²² werd er al op gewezen dat voor die wet een overlegverplichting geldt overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en deelde de gemachtigde destijds ook mee dat deze wet aan het Overlegcomité werd voorgelegd.²³

²² Wet van 12 mei 2019 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met he oog op het invoeren van een concurrerende inschrijvingsprocedure voor de bouw en exploitatie van productie-installaties in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België en tot bekrachtiging van het koninklijk besluit van 11 februari 2019 tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

²³ Adv.RvS 64.986/1 van 30 januari 2019 over een voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 12 mei 2019, opmerking 5.1.

Tevens wees de Raad van State, afdeling Wetgeving in het voornoemde advies er al op dat over het uitvoeringsbesluit eveneens overleg zal moeten worden gevoerd:

“5.2. De gemachtigde werd tevens om een verduidelijking verzocht met betrekking tot het criterium op basis waarvan de concurrentie zal worden georganiseerd en de verschillende inschrijvers zich zullen moeten onderscheiden²⁴. De memorie van toelichting lijkt verschillende biedsystemen te overwegen, zodat de vraag rijst of het de bedoeling is om de Koning er op een geheel discretionaire wijze over te laten oordelen welke formule zal worden toegepast en of, in voorkomend geval, dat oordeel dan in het uitvoeringsbesluit zal gebeuren, dan wel dat de Koning dat oordeel zelfs zal kunnen afhankelijk maken van een specifieke keuze in het concrete bestek.

De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

‘Krachtens het nieuwe ontworpen artikel 6/3, §3, 3° van het wetsontwerp bepaalt de Koning, bij een in ministerraad overlegd besluit, de toekenningscriteria op basis waarvan een rangorde wordt gemaakt en de geselecteerde inschrijver van de concurrerende inschrijvingsprocedure wordt aangeduid. Gelet op de beoogde lancering van de eerste tender in de tweede helft van 2022, maakt deze machtiging aan de Koning het mogelijk om op een later tijdstip de toekenningscriteria te bepalen rekening houdend met eventueel geëvolueerde marktomstandigheden en technologische ontwikkelingen.

Gelet op de bewoordingen “Daarbij kan onder andere gedacht worden aan:” beoogt de memorie van toelichting richtinggevend te zijn zonder evenwel limitatief te zijn en dus zonder aan de discretionaire bevoegdheid van de Koning te raken. Gelet op het cruciale belang van deze toekenningscriteria, werd ervoor gekozen om de Koning bij wet op te dragen na overleg in de Ministerraad deze toekenningscriteria vast te leggen.

Bijgevolg is het niet de bedoeling om de vastlegging van deze criteria door te schuiven naar ieder afzonderlijk bestek.’

Het door de gemachtigde verstrekte antwoord doet ervan blijken het de bedoeling is om aan de Koning een verregaande autonomie te laten om een toch wel significant aspect van het energiebeleid te bepalen. Het staat uiteraard aan de wetgever om te oordelen of het opportuun is om een dergelijke ruime beoordelingsvrijheid te geven aan de Koning. In elk geval impliceert de omvang van de beoordelingsvrijheid dat ook over de uitvoeringsbesluiten overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 overleg zal moeten worden gepleegd met de gewesten.”

Wat betreft het door de gemachtigde vermelde arrest van het Grondwettelijk Hof inzake het beroep tot vernietiging van artikel 62 van de wet van 20 juli 2005 ‘houdende diverse bepalingen’ (over de productie van elektriciteit uit wind in de zeegebieden), kan er voorts op worden gewezen dat het Grondwettelijk Hof in die zaak net een middel verwierp omdat uit de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet bleek dat het bij artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen verplichte overleg met de gewestregeringen wel degelijk had plaatsgehad.²⁵

²⁴ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: Zoals bv. een zo laag mogelijke steun in de zin van het ontworpen artikel 6/3, § 3, 10°, van de wet van 29 april 1999 (artikel 5 van het voorontwerp), geïnstalleerd vermogen, continuïteit van de productie of maximale benutting van de beschikbare oppervlakte van de kavels.

²⁵ GwH, nr. 193/2006 van 5 december 2006, overw. B.14.2.

Het overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vereiste overleg zal dus nog moeten worden gepleegd met de gewesten.

8. Indien de tekst van het ontwerp nog wijzigingen zou ondergaan naar aanleiding van het vervullen van de voornoemde vormvereisten,²⁶ zullen die wijzigingen ter inachtneming van het bepaalde in artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, eveneens nog om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

9. Artikel 6/3 van de Elektriciteitswet gaat uit van een kwalificatie als “domeinconcessie” van de toe te wijzen kavels (en dus niet van een kwalificatie als concessie voor werken of diensten en evenmin van een kwalificatie als overheidsopdracht). Uiteraard dient de Koning met die wettelijke kwalificatie rekening te houden.

9.1. Op een vraag van het Auditoraat bij het onderzoek van het voorontwerp dat heeft geleid tot onder meer artikel 6/3 van de Elektriciteitswet, naar de eventuele toepassing van Europese regels inzake overheidsopdrachten of concessies op de ontworpen procedure, werd eerder als volgt geantwoord:²⁷

“[H]et [is] verantwoord [...] aan te nemen dat de betrokken domeinconcessieovereenkomsten niet aan de [...] wet van 17 juni 2016 [betreffende de concessieovereenkomsten] onderworpen zijn. Immers, domeinconcessies in de zin van het Belgisch administratief recht worden, krachtens de preambule van Richtlijn 2014/23/EU en de memorie van toelichting van de Concessiewet, uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van deze regelgeving uitgesloten. Deze uitsluiting kan van toepassing worden geacht, op voorwaarde dat het wetsontwerp, de uitvoeringsbesluiten en het bestek voor de concurrerende inschrijvingsprocedure geen al te gedetailleerde eisen inzake de bouw en de exploitatie van de elektriciteitsproductie-installaties (zullen) vooropstellen. De titularis van de domeinconcessie dient bij het ontplooiën van zijn activiteiten op de betrokken kavels, over een aanzienlijke vrijheid te beschikken.

Zoals reeds aangehaald in de memorie van toelichting, wordt verder nog opgemerkt dat dit wetsontwerp ertoe strekt om de procedure van toewijzing van domeinconcessies te wijzigen teneinde de verenigbaarheid ervan met de Europese regels inzake staatssteun en in het bijzonder de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 van de Europese Commissie te verzekeren.”

In dit verband werd de gemachtigde verzocht om te verduidelijken hoe de vermelding in artikel 27, 4°, van het ontwerp, dat melding maakt van “technische en functionele specificaties van de werken en diensten die het voorwerp zijn van de domeinconcessie” in de

²⁶ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in het advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in het advies wordt opgemerkt.

²⁷ Zie in dit verband ook adv.RvS 64.986/1: “(...) In elk geval impliceert de omvang van de beoordelingsvrijheid dat ook over de uitvoeringsbesluiten overeenkomstig artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 overleg zal moeten worden gepleegd met de gewesten”, opmerking 5.2.

concessiedocumenten moet begrepen worden, rekening houdend met de andere bepalingen van het ontwerp²⁸ en gevraagd of daarmee wordt beoogd dat de concessiedocumenten gedetailleerde technische voorschriften (of specificaties) omvatten. De gemachtigde antwoordde hierop:

“Neen, het is niet de bedoeling dat de concessiedocumenten gedetailleerde technische voorschriften (of specificaties) omvatten voor het bouwen of voor de exploitatie van de energieproductie-installaties, behoudens deze gerelateerd aan de aansluiting van de installaties op de Modular Offshore Grid of gerelateerd aan de milieuvergunning. Het is de bedoeling dat de concessiehouder diens gebruiksrecht ten volle voor de private bouw en exploitatie van energieproductie-installaties kan benutten. Overeenkomstig artikel 6/3, § 3 van de elektriciteitswet van 29 april 1999 kunnen dergelijke concessiedocumenten wel algemene voorwaarden bevatten voor het gebruik van de kavels zoals een minimum te installeren productiecapaciteit, de regels inzake het sluiten van een contractuele band, de toegelaten activiteiten naast de productie van elektriciteit en de vereisten inzake een deugdelijk plan van aanpak op basis waarvan een haalbare en tijdige realisatie en een behoorlijke bouw, exploitatie en ontmanteling redelijkerwijze kan verwacht worden. De concessiedocumenten zullen eveneens een verwijzing bevatten naar een model milieuvergunning alsook naar een model aansluitingscontract die onder bepaalde voorwaarden en binnen bandbreedtes op vlak van bepaalde parameters de private realisatie en private exploitatie van de energieproductie-installaties zullen toelaten.

De evaluatie van de door de inschrijver vooropgestelde technieken en middelen in functie van de ontwikkeling van energieproductie-installaties alsook de termijn van realisatie, is ingegeven vanuit de bedoeling om een grote waarschijnlijkheid van realisatie binnen een redelijke termijn na te streven mede in het licht van de Europese doelstellingen waardoor België gebonden is. Indien uit de beschrijving van de door de inschrijver vooropgestelde technieken en middelen de beoogde bijkomende geïnstalleerde capaciteit bijvoorbeeld redelijkerwijze niet technisch haalbaar zou kunnen worden geacht en / of risico's voor de veiligheid met zich zou meebrengen, zou daaraan een gepast gevolg kunnen worden gegeven.

Met de maximale termijn voor de bouwfase bedoeld in artikel 39, § 2 van het ontwerp besluit wordt eveneens beoogd om een eventuele onderbenutting van het betreffende kavel te vermijden, bijvoorbeeld in het geval er onredelijk lange tijd zou genomen worden voor de start of voltooiing van de bouw van energieproductie-installaties waardoor waardevolle potentiële exploitatiejaren binnen de concessieduur verloren zouden gaan.”

9.2. Voorts kan worden vastgesteld dat, soms op uitgebreide wijze en veel meer dan in het verleden het geval was,²⁹ bepaalde regels uit de regelgeving inzake overheidsopdrachten en concessies worden hernomen. Zo vormt artikel 8, § 1, van het ontwerp in essentie een overname van hetgeen is bepaald in artikel 61 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing

²⁸ Want uit artikel 7, 3°, van het ontwerp kan begrepen worden dat er “technische en functionele specificaties” zijn, artikel 7, 10°, van het ontwerp vereist het gebruik van de “best beschikbare technieken” en uit artikel 39, § 2 van het ontwerp volgt dat een verplichting geldt tot oplevering na 48 maanden.

²⁹ Vgl. met de meer summiere inhoud van het koninklijk besluit van 20 december 2000 ‘betreffende de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden, in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht’.

overheidsopdrachten in de klassieke sectoren'. Andere artikelen vormen dan weer een parafrasering van de regelgeving inzake overheidsopdrachten.³⁰

In dit verband moet worden gewezen op rechtspraak van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, overeenkomstig dewelke tot een andere kwalificatie kan worden besloten indien de toelating om privaat gebruik te maken van het openbaar domein, element dat kadert in een domeinconcessie, weliswaar een noodzakelijk doch slechts een ondergeschikt onderdeel van de overeenkomst lijkt,³¹ mede gelet op overweging 15 van richting 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten', dat luidt (eigen onderlijning):

“Daarnaast mogen bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, naar publiek- of privaatrecht, zoals grond of elk ander onroerend goed in staatsbezit, met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector, waarbij de staat of de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie slechts algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden, niet als concessies in de zin van deze richtlijn worden aangemerkt. (...)”

9.3. Aangezien de concessiedocumenten nog zullen opgesteld moeten worden, lijkt het op dit ogenblik niet mogelijk om een standpunt in te nemen over de juiste kwalificatie. Er kan echter wel op worden gewezen dat het veelvuldig hernemen van regels uit het overheidsopdrachtenrecht – in de mate die niet noodzakelijk zouden zijn in het licht van staatssteunregels – mee aanleiding zou kunnen geven tot misverstanden en zelfs betwistingen over het toepassingsgebied van de regels inzake overheidsopdrachten of concessies.

9.4. De stellers van het ontwerp kunnen het risico op herkwalificatie bijgevolg vermijden door de keuze voor een domeinconcessie verder te verduidelijken in het verslag aan de Koning, in lijn met de in opmerking 9.1 vermelde toelichting, door zo weinig mogelijk regels uit het overheidsopdrachtenrecht over te nemen, en door bij de opstelling van de concessiedocumenten een restrictieve invulling te geven aan de technische en functionele specificaties bedoeld in artikel 27, § 1, 4°.

Aanhef

10. Rekening houdend met hetgeen hoger inzake de rechtsgrond is gesteld, zal in het tweede lid van de aanhef nog bijkomend moeten worden verwezen naar artikel 6/3, § 11, tweede lid, van de Elektriciteitswet.

Tevens zal nog moeten worden verwezen naar de wijzigingen die zijn aangebracht door de wet van 19 december 2023.

³⁰ Vgl. eveneens bijvoorbeeld artikel 13, § 1, van het ontwerp met artikel 69, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten'.

³¹ RvS 9 september 2021, BV LED AD, nr. 251.439.

De verwijzing naar artikel 108 van de Grondwet dient te worden weggelaten.

Artikel 1

11. De precieze draagwijdte van het begrip “strike price” is onduidelijk. Uit artikel 1, §2, 24°, van het ontwerp kan begrepen worden dat het gaat om een biedprijs per megawattuur, artikel 1, §2, 34°, van het ontwerp maakt dan weer melding van een gegarandeerd “vooraf bepaald vast inkomen”.

Om verdere toelichting verzocht, stelde de gemachtigde:

“De strike price is een kenmerkende eigenschap van het ondersteuningsmechanisme ‘tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen’ waarbij een vast inkomstenniveau (de “strike price”) wordt gegarandeerd op basis van de via de groothandelsmarkt geïnde inkomsten. Indien de elektriciteitsprijs op de groothandelsmarkt lager is dan de strike price, dan betaalt de overheid het verschil aan de begunstigde; is de elektriciteitsprijs hoger dan de strike price, dan betaalt de begunstigde het verschil aan de overheid. Deze strike price (per megawattuur) wordt geboden door de verschillende inschrijvers op basis van hun verwachte, gegarandeerde inkomst die noodzakelijk is om een rendabel project te realiseren.

In dat opzicht wordt voorgesteld om de definitie in punt 34° aan te passen als volgt:

‘24° strike price: de in de aanvraag van een inschrijver opgegeven biedprijs in euro per megawattuur (€/MWh), tot vier decimalen, die wordt gebruikt om het recht op betaling en de verplichting tot terugbetaling van de concessiehouder te bepalen overeenkomstig de artikelen 41 en 43, § 1, 3°;’

‘34° tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen: een steunmechanisme waarbij de begunstigde een vooraf bepaald vast ~~inkomen~~ inkomstenniveau gegarandeerd krijgt (“strike price”) op basis van AAP en waarbij het steunniveau (dat negatief kan zijn) verandert naargelang van de elektriciteitsreferentieprijzen en de correctiefactor;’.”

Met de voorgestelde aanpassing kan worden ingestemd.

12. De definitie van “directe burgerparticipatie” (artikel 1, § 2, 28°, van het ontwerp) verwijst naar de voorwaarden in artikel 22, § 3, van het ontwerp en vat daarnaast de daarin vermelde voorwaarden samen. De definitie eindigt met de zin: “Het samenwerkingsverband dient dan ook te voldoen aan de voorwaarden beschreven hierboven”.

In een artikel waarin begrippen worden gedefinieerd, horen echter geen bepalingen met een normatief karakter thuis, terwijl dat hier wel het geval is. Artikel 1, § 2, 28°, van het ontwerp dient dan ook te worden ingekort, waarbij kan worden volstaan met een verwijzing naar het voornoemde artikel 22, § 3.

Artikel 2

13. Artikel 2, § 1, van het ontwerp, dat overigens niet overeenstemt in de twee taalversies,³² overlapt inhoudelijk met artikel 23, eerste lid, van het ontwerp en kan dan ook worden weggelaten.

Artikel 5

14. Artikel 5 van het ontwerp sluit bepaalde categorieën van potentieel geïnteresseerde aanvragers uit, door eisen te stellen inzake de oprichting overeenkomstig het recht van een lidstaat van de EU (artikel 5, § 1) en het vereisen van het beschikken over een “centrale administratie, een voornaamste inrichting of een maatschappelijke zetel gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie, op voorwaarde dat de activiteit van deze vestiging of maatschappelijke zetel een effectief en bestendig verband vertegenwoordigt met de economie van de Staat waarin het gevestigd is” (artikel 5, § 2). Die regeling wordt in het verslag aan de Koning verantwoord in het licht van de doelstelling “[o]m de handhaving van de verplichtingen opgelegd door het besluit mogelijk te maken”.

Gevraagd waarom artikel 5 van het ontwerp geen melding maakt van lidstaten van de Europese Economische Ruimte, en enkel lidstaten van de EU, stelde de gemachtigde:

“Op basis van de website van de European Free Trade Association (EFTA) kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat alle EU wetgeving inzake energie inmiddels eveneens van kracht is binnen de Europees Economische Ruimte (en er daar dus gelijkaardige rechten en plichten gelden als in België). Zie bijvoorbeeld volgende link:

<https://www.efta.int/eea-lex/32019L0944> (...)”

Artikel 5 betreft de plaats van vestiging van de inschrijver, waardoor het verband met de omzetting van de wetgeving inzake energie in het betrokken land niet onmiddellijk valt in te zien. Er valt in dit verband op te wijzen dat het vrij verkeer door het VWEU wordt gegarandeerd binnen de Europese Unie en door de EER-overeenkomst binnen de EER.³³ Tevens dient rekening te worden gehouden met internationale overeenkomsten waardoor de EU gebonden is.³⁴

De ontworpen regeling is bovendien strenger dan de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Zo bepaalt artikel 25 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement

³² De gemachtigde deelde mee dat in beide taalversies de minister vermeld moet staan (en dus niet de concessieverlenende overheid), hetgeen eveneens zo vermeld staat in artikel 23, eerste lid, van het ontwerp.

³³ Adv.RvS 62.268/3 van 6 november 2017 over een voorontwerp dat mee heeft geleid tot de wet van 18 februari 2018 ‘houdende diverse bepalingen inzake aanvullende pensioenen en tot instelling van een aanvullend pensioen voor de zelfstandigen actief als natuurlijk persoon, voor de meewerkende echtgenoten en voor de zelfstandige helpers’, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2891/001, 115-116, opmerking 4.1.

³⁴ In dat verband kan in het bijzonder worden gewezen op artikel 147, § 2, a) en b), van de Versterkte Partnerschaps- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Kazachstan, anderzijds, waarin specifieke waarborgen zijn opgenomen voor de gelijke behandeling van Europese en Kazachse investeerders in hernieuwbare energie.

en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’.³⁵

“Voor zover de bijlagen 1, 2, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de GPA-overeenkomst inzake overheidsopdrachten en de andere internationale overeenkomsten waardoor de Unie gebonden is, van toepassing zijn, geven aanbestedende diensten aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten geen minder gunstige behandeling dan die welke zij aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Unie geven.”

Weliswaar is de voorliggende regeling geconcipieerd als een gunning van een domeinconcessie die buiten het toepassingsgebied van die richtlijn valt, maar die kwalificatie lijkt op zich de verschillende behandeling niet te kunnen verantwoorden. Daarbij moet bovendien worden rekening gehouden met het feit dat die richtlijnbevestiging slechts de vertaling is van verplichtingen die de Unie en haar lidstaten hebben in het kader van de Wereldhandelsorganisatie, in het bijzonder onder de aangehaalde GPA-overeenkomst.

Artikel 5 van het ontwerp dient in het licht van het voorgaande te worden heroverwogen.

Artikelen 6 en 34

15. In punt 2° van artikel 6 en punt 3° van artikel 34, eerste lid, van het ontwerp wordt steeds enkel de hypothese vermeld van een “overdracht” van vergunningen en machtigingen vereist door of krachtens de wet van 11 december 2022 ‘ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden’ van de administratie aan de concessieverkrijger. Er wordt geen rekening gehouden met de hypothese dat een inschrijver zelf dergelijke vergunningen en machtigingen zou aanvragen en verkrijgen.

15.1. Hierover ondervraagd, stelde de gemachtigde:

“Hiervoor kan worden verwezen naar volgende toelichting in het verslag aan de Koning:

‘De vergunning vereist krachtens de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden zal worden aangevraagd door de administratie en vervolgens overgedragen aan de inschrijver aan wie de domeinconcessie wordt toegekend.’

‘De milieuvergunning zal in eerste instantie aangevraagd worden door de FOD Economie en vervolgens overgedragen worden aan de inschrijver aan wie de domeinconcessie wordt toegekend. In de concessiedocumenten zullen de voorwaarden van de milieuvergunning opgenomen worden. De inschrijvers moeten verzekeren dat hun aanvraag hiermee in overeenstemming is.’

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat eind september 2023 de milieuvergunning werd aangevraagd door de FOD Economie bij de FOD Leefmilieu en KBIN, waarbij die

³⁵ Deze bepaling werd omgezet door artikel 4, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

laatst momenteel een publieke consultatie houden over dit onderwerp³⁶ en waarbij de verkrijging van de vergunning kan verwacht worden in de loop van de maand juli 2024. Bij de lancering van de tender zal dan de model milieuvergunning worden mede bekendgemaakt zodat de potentiële projectontwikkelaars kennis kunnen nemen van de inhoud van die milieuvergunning die aan de winnaar van de tender zal worden overgedragen overeenkomstig het KB van 7 september 2003 houdende de procedure tot vergunning en machtiging van bepaalde activiteiten in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.”

Gevraagd wat de rechtsgrond is voor de Koning om een dergelijke overdrachtsregeling te voorzien, aangezien de mogelijkheid van een dergelijke overdracht immers niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de wet van 11 december 2022, stelde de gemachtigde:

“In het voorliggende ontwerp besluit wordt geen procedure tot overdracht van een milieuvergunning voorzien, maar wordt slechts beoogd om een verwijzing op te nemen naar de betreffende regelgeving.

In uitvoering van artikel 26 van de (inmiddels opgeheven) wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, werd het Koninklijk besluit 7 september 2003 houdende de procedure tot vergunning en machtiging van bepaalde activiteiten in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België genomen dat in artikel 40 voorziet in een procedure te volgen voor een overdracht van een milieuvergunning.

Voornoemde wet van 20 januari 1999 belast de Koning in artikel 26 ermee om de voorwaarden en de procedure voor de toekenning, de opschorting en de intrekking van de in artikel 25 bedoelde vergunningen of machtigingen te bepalen. Aangezien de overdracht van een vergunning ook de toekenning impliceert lijkt voornoemde artikel 26 een rechtmatige machtiging om bij KB een procedure inzake overdracht van de milieuvergunning te voorzien (cfr. KB van 7 september 2003). In het advies 35.785/1/V heeft de Raad van State daar geen opmerking over gemaakt.

Voornoemde wet van 20 januari 1999 werd inmiddels opgeheven en vervangen door de wet van 11 december 2022 dat een gelijkaardige machtiging aan de Koning bevat tot bepaling van de procedure tot het bekomen van een vergunning (cfr. artikel 16, §5 van de wet van 11 december 2022). (...)”

15.2. Art. 16, §§ 1 tot 5, van de wet van 11 december 2022 luidt:

“§ 1. In de zeegebieden zijn de hierna vermelde activiteiten onderworpen aan een voorafgaande vergunning:

- 1° het plaatsen of uitbaten van een offshore-installatie;
- 2° het graven van sleuven;
- 3° het ophogen van de zeebodem;
- 4° het gebruik van explosieven;
- 5° het gebruik van toestellen met een grote akoestische impact;
- 6° het achterlaten en het vernietigen van wrakken en gezonken scheepsladingen;
- 7° de commerciële en industriële activiteiten.

³⁶ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: https://odnature.naturalsciences.be/mumm/nl/blog_news.

§ 2. De Koning kan, met het oog op de bescherming van het marien milieu, andere activiteiten in de zeegebieden dan deze vermeld in paragraaf 1, onderwerpen aan een voorafgaande vergunning.

§ 3. De volgende activiteiten zijn niet onderworpen aan de in dit artikel bedoelde vergunning:

1° de beroepsvisserij;

2° de monitoring door of in opdracht van de overheid;

3° het wetenschappelijk onderzoek tenzij in het geval bepaald onder artikel 18, § 2;

4° de scheepvaart, uitgezonderd de in paragraaf 1, 6°, bedoelde activiteiten;

5° het identificeren en het verwijderen van onontplofte munitie (UXO), tenzij in het geval bepaald onder artikel 18, § 2.

§ 4. Acties voor natuurherstel of -beheer door of in opdracht van de dienst Marien Milieu kunnen uitgezonderd worden van de vergunningsplicht, vermeld in paragraaf 1, na positief advies van de BMM.

§ 5. Voor hetgeen bepaald is in paragrafen 1, 2 en 4, kan de Koning nadere regels vaststellen, waaronder de procedure om andere activiteiten onder de vergunningsplicht te brengen, het vastleggen van de kosten die gepaard gaan met de vergunningsplicht en de procedure tot het bekomen van een vergunning.”

15.3. De gemachtigde stelt terecht dat het voorliggende ontwerp geen procedure tot overdracht van een milieuvergunning regelt, maar slechts beoogt om een verwijzing op te nemen naar de betreffende regelgeving.

In dit verband moet echter vooreerst worden vastgesteld dat, in de mate dat kan aangenomen worden dat artikel 16, § 5, van de wet van 11 december 2022 daartoe een voldoende ruime machtiging omvat, vooralsnog geen uitvoeringsbesluit is genomen dat uitvoering geeft aan artikel 16 van de wet van 11 december 2022. Vooralsnog zijn de procedures van het voorliggende ontwerp en de procedures op basis van de voornoemde wet dan ook onvoldoende op elkaar afgestemd, wat zal moeten worden verholpen.³⁷

15.4. Daarnaast moet in herinnering worden gebracht dat bijzondere regels, zoals die met betrekking tot een overdracht van een vergunning, geen afbreuk mogen doen aan de internationale en supranationale verplichtingen, in het bijzonder die inzake voorafgaande milieu-effectenbeoordelingen.³⁸ In dit verband werd de gemachtigde verzocht te verduidelijken hoe de regeling waarbij een milieuvergunning al in eerdere fase wordt aangevraagd valt te verzoenen met de regeling waarbij het – gelet op de kwalificatie als domeinconcessie – niet de bedoeling is al te veel technische eisen over de offshore energieproductie-installaties op te nemen in de concessiedocumenten. De gemachtigde antwoordde:

“Overeenkomstig artikel 6/3 van de elektriciteitswet kan slechts een domeinconcessie voor de bouw en exploitatie van offshore energie productie-installaties worden toegekend na de organisatie van een concurrerende inschrijvingsprocedure. Bovendien schrijft voornoemd artikel 6/3 voor dat de regels van die concurrerende

³⁷ Vgl. adv.RvS 64.986/1, opmerking 10.

³⁸ Vgl. adv.RvS 64.986/1, opmerking 10.

inschrijvingsprocedure ervoor moeten zorgen dat de keuze voor de winnende inschrijver die de meest gunstige inschrijving heeft ingediend gelijktijdig zal gebeuren met de toekenning van de vergunningen en machtigingen vereist krachtens de wet van 13 juni 1969 inzake de exploratie en de exploitatie van niet -levende rijkdommen van de territoriale zee en het continentaal plat en de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

Met andere woorden is men slechts gerechtigd tot de bouw en exploitatie van dergelijke offshore energie productie-installatie (1) na het winnen van een concurrerende inschrijvingsprocedure en (2) ingevolge daarvan na de (gelijktijdige) verkrijging van een domeinconcessie, kabelvergunning en milieuvergunning (geïntegreerd vergunningsproces). De indiening van een bieding in de concurrerende inschrijvingsprocedure vergt steeds ook de indiening van een aanvraag voor de 3 voornoemde vergunningen overeenkomstig artikel 6 van het voorliggende ontwerp besluit.

Indien een marktdeelnemer zelf een milieuvergunning zou aanvragen buiten de concurrerende inschrijvingsprocedure om, dan zou die slechts in werking treden (conform artikel 41, §2 laatste lid KB van 7 september 2003) voor zover eveneens een domeinconcessie zou zijn verkregen waarbij die laatste echter slechts verkregen kan worden na het winnen van een concurrerende inschrijvingsprocedure.

Teneinde een maximale vrijheidsgraad te laten voor de toekomstige concessiehouder werd in de aanvraag voor een milieuvergunning een zo ruim mogelijk voorwerp van het toekomstige project voorzien. In dat opzicht kan verwezen worden naar de momenteel lopende publieke consultatie georganiseerd door de milieu autoriteiten met betrekking tot de door de FOD Economie ingediende milieu vergunningsaanvraag (en verrichte milieu effectenrapport en passende beoordeling). In voornoemde rapporten werd er net geopteerd voor de beschrijving van de milieueffecten voor meerdere alternatieven (scenario's) per kavel en gewerkt met een bandbreedtebenadering wat betreft het aantal installaties, individueel vermogen en technische specificaties (o.a. hoogte, enz.) omwille van de steeds evoluerende markt. Hierdoor kan de volledige range aan milieueffecten ten gevolge van toekomstige offshore energie productie-installaties en inter-array bekabeling binnen de PEZ in beeld gebracht worden. Het laat ook toe dat de uiteindelijke afmetingen van de gekozen installaties kunnen worden gekozen binnen deze beschreven ranges en types. De voorgestelde scenario's benaderen immers steeds de worst-case voor een bepaald effect (naar maximum aantal, of maximale dimensies), en dekken op die manier ook situaties af met kleinere of minder aantal installaties af, en dus kleinere milieueffecten. Zie ook volgende link:

https://odnature.naturalsciences.be/mumm/nl/blog_news/post_2846

Artikel 19 van de wet van 11 december 2022 luidt:

“§ 1. De aanvrager van een vergunning, overeenkomstig artikel 16, dient een milieueffectbeoordelingsrapport op te stellen dat minstens de volgende informatie omvat:

1° een beschrijving van het project met informatie over de locatie, het ontwerp, de omvang en de andere relevante kenmerken van het project;

2° een beschrijving van de waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten van het project;

3° een beschrijving van de kenmerken van het project of de geplande maatregelen om de waarschijnlijk aanzienlijke nadelige milieueffecten te vermijden, te voorkomen of te beperken en, als indien mogelijk, te compenseren;

4° een beschrijving van de redelijke alternatieven die de initiatiefnemer heeft onderzocht en die relevant zijn voor het project, en de specifieke kenmerken ervan, met opgave van de belangrijkste motieven voor de gekozen optie, in het licht van de milieueffecten van het project;

5° een niet-technische samenvatting van de gegevens, bedoeld in de bepalingen onder 1° tot en met 4°;

6° elke aanvullende informatie die van belang is voor de specifieke kenmerken van een bepaald project of projecttype en voor de milieuaspecten die hierdoor kunnen worden beïnvloed.

§ 2. Voor verschillende activiteiten met hetzelfde doel die het voorwerp uitmaken van afzonderlijke vergunningen, kan de BMM de aanvrager de toelating verlenen één geïntegreerd milieueffectbeoordelingsrapport op te stellen.”

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft geen volledig inzicht in en kennis van de lopende milieueffectenrapportage. In het bijzonder is onduidelijk of de door de administratie in haar aanvraag gehanteerde vooronderstellingen voldoende nauw sporen met de nog te maken keuzes door de winnende inschrijvers om nu reeds een effectieve milieu-effectenbeoordeling van de projecten mogelijk te maken. De overdrachtsbepalingen kunnen in elk geval slechts gevolgen hebben in de mate dat ook aan de voorwaarden van artikel 19 van de wet van 11 december 2022 is voldaan.

15.5. Daarbij komt, ten slotte, dat doordat de artikelen 6 en 34 van het ontwerp enkel melding maken van een overdracht van vergunningen en machtigingen vereist door of krachtens de wet van 11 december 2022, de indruk wordt gewekt dat het voor inschrijvers verboden zou zijn om zelf een aanvraag in te dienen op grond van de wet van 11 december 2022. Aangezien er geen rechtsgrond voorhanden lijkt om die mogelijkheid uit te sluiten en het opleggen van een dergelijk verbod, zoals blijkt uit de hoger in opmerking 15.4 aangehaalde toelichting van de gemachtigde, ook niet de bedoeling blijkt te zijn van het stellers van het ontwerp, zal die hypothese nog moeten worden opgenomen in de voornoemde bepalingen van het ontwerp.

Artikelen 7, 8, 11, 41, 48 en 58

16. Een aantal bedragen in het ontwerp zijn niet ingevuld (er kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de zinsnede “[•] euro per megawatt”). Dit is met name het geval voor de artikelen 7, eerste lid, 2°, 41, § 4 en 48, § 1, eerste lid van het ontwerp. Inzake de niet ingevulde bedragen gaf de gemachtigde de volgende toelichting:

“Er wordt op gewezen dat het voorliggende ontwerp koninklijk besluit alle essentiële principes bevat aangaande de strike price en de ontmanteling, waarbij louter een technisch element nog dient te worden ingevuld. Vanuit technisch oogpunt is momenteel nog een strike price studie en studie inzake ontmanteling lopende waarvan de resultaten beoogd worden te worden ingevoegd in dit ontwerp koninklijk besluit. In dat opzicht wordt verwezen naar bijgevoegde beslissing van de ministerraad van 14 december 2023 waarin de minister van energie wordt belast met volgende opdrachten in dat verband:

‘Verzoekt de minister van Energie om de resultaten van de studie naar het maximumbedrag voor de netto-betalingen vanwege de overheid aan de concessiehouder voor te stellen vóór tweede lezing van het KB Tender.’

‘Verzoekt de minister van Energie om de resultaten van de studie naar de maximale strike price en de studie naar de ontmantelingsprovisie te integreren in voorliggend Koninklijk Besluit en dit in tweede lezing voor te leggen aan Ministerraad;’

Indien de Raad van State dat zou aanbevelen, zou nog overwogen kunnen worden om voormelde nog in te vullen bedragen te vervangen door een machtiging aan de minister na overleg in ministerraad.”

In de tekst van het ontwerp zijn voorts bepaalde woorden tussen vierkante haakjes geplaatst, zoals in artikel 8, § 4, 11, § 2, tweede lid, en artikel 58, tweede lid. Inzake de tekst die tussen haakjes is geplaatst stelde de gemachtigde:

“Art. 8. [...]§ 4. De inschrijver voegt bij zijn aanvraag het bewijs dat hij en de personen bedoeld in paragraaf 2 geen veroordeling voor de misdrijven zoals bedoeld in paragraaf 1 hebben opgelopen. Dat bewijs kan, onder meer, geleverd worden door middel van het overmaken van een uittreksel uit het strafregister of een evenwaardig document, dat niet meer dan [een maand] voor het indienen van de aanvraag werd uitgereikt door een gerechtelijke of overheidsinstantie van het land van oorsprong of herkomst.’

Bij nader inzien wordt hierbij voorgesteld om voor te schrijven dat het uittreksel of evenwaardig document niet ouder mag zijn dan drie maand. Dit teneinde een evenwicht te vinden tussen (i) het faciliteren van de evaluatie van recente en zo actueel mogelijke informatie en (ii) een gelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse entiteiten.

‘Art. 58. In geval van ernstige tekortkoming door de concessiehouder aan de verplichtingen verbonden aan de domeinconcessie, kan de intrekking wegens vervallenverklaring van de domeinconcessie worden uitgesproken door de concessieverlenende overheid, onverminderd de geldboetes die de commissie kan opleggen krachtens de wet van 29 april 1999.

De concessieverlenende overheid richt via aangetekend schrijven een ingebrekestelling aan de concessiehouder, waarin een termijn wordt vastgelegd die niet korter mag zijn dan [vijftig] werkdagen, hetzij om te voldoen aan zijn verplichtingen, hetzij om uitleg te verschaffen.’

Hierbij de bevestiging dat de tekst op dit punt finaal is en dat de vierkante haakjes kunnen worden genegeerd. Er moet worden benadrukt dat bovenstaande bepaling een facultatieve machtiging voorziet tot intrekking van de domeinconcessie. Verder lijkt een termijn van 50 werkdagen redelijk aangezien het gaat om een ernstige tekortkoming.”

In dit verband wordt er in de eerste plaats aan herinnerd dat ontwerpen die worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, in beginsel definitief moeten zijn. In de toekomst zal hierover moeten worden over gewaakt.

Wat betreft het voorstel van de gemachtigde tot het invoegen van delegaties aan de minister tot het vaststellen van de bedragen in de artikelen 7, eerste lid, 2°, 41, § 4, en 48, § 1, eerste lid, van het ontwerp, valt erop te wijzen dat een delegatie aan een minister enkel betrekking kan hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden. Het bedrag vermeld in artikel 7, eerste lid, 2°, van het ontwerp determineert of een inschrijver al dan niet mag deelnemen aan de procedure (inschrijvingen met een “strike price” die hoger ligt dan dit bedrag worden immers

definitief uitgesloten).³⁹ Dit lijkt alvast geen bijkomstige of detailmatige aangelegenheid die aan de minister mag worden gedelegeerd, tenzij er in het ontwerp voldoende elementen worden opgenomen op basis waarvan de minister die bedragen moet bepalen.

Artikelen 7 en 27

17. Gevraagd om te verduidelijken wat wordt bedoeld met de “belangrijkste” voorwaarden in de artikelen 7, 7°, en 27, 14°, van het ontwerp, stelde de gemachtigde voor om het woord “belangrijkste” telkens weg te laten in de voormelde bepalingen. Met die aanpak kan worden ingestemd.

Artikelen 9 en 31

18. Het ontwerp omvat bepalingen die tegenstrijdig zijn inzake de bindende kracht van het advies van de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee en het Schelde estuarium. In artikel 9, § 3, van het ontwerp staat dat de minister een inschrijver in het licht van dit advies “kan” uitsluiten, terwijl artikel 31, § 2, van het ontwerp dan weer lijkt uit te gaan van een automatische uitsluiting.

Hierover ondervraagd, stelde de gemachtigde:

“Er wordt beoogd te voorzien dat een aanvraag onontvankelijk kan verklaard worden indien deze niet in aanmerking zou komen voor de overdracht overeenkomstig de procedure bepaald krachtens de wet mariene milieu van 11 december 2022, met name voor de overdracht en dus verkrijging van de milieuvergunning. In dat opzicht wordt hierbij voorgesteld om artikel 9 §3 en artikel 31, §2 aan te passen als volgt:

‘§ 3. De minister kan een inschrijver uitsluiten in geval de aanvraag niet in aanmerking komt voor de overdracht bedoeld in artikel 6, 2° op basis van de informatie bedoeld in artikel 7, eerste lid, 8° en het advies bedoeld in onverminderd artikel 31, § 2.’

‘§ 2. Alleen volledige aanvragen die volgens de minister van mariene milieu en diens administratie in aanmerking komen voor de overdracht van de milieuvergunning overeenkomstig de procedure bepaald krachtens de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden ~~waarvoor een positief advies werd gegeven door de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee en het Schelde estuarium, zoals bedoeld in het koninklijk besluit van 29 september 1997 houdende overdracht van de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee en het Schelde estuarium naar het Koninklijk Belgisch Instituut voor Natuurwetenschappen in het licht van artikel 9, § 3, in samenhang gelezen met artikel 6, 2° en artikel 7, eerste lid, 8°, worden als ontvankelijk beschouwd en getoetst aan de toekenningscriteria bedoeld in artikel 19. Voornoemd~~

³⁹ Het verslag aan de Koning vermeldt: “Er wordt een maximum ‘strike price’ van [...] €/MWh vastgesteld die alle aanvragen moeten respecteren. Deze maximale strike price is gebaseerd op een studie uitgevoerd door [...]. Aanvragen met een hogere ‘strike price’ worden als niet-ontvankelijk aangemerkt.”

~~advies wordt gegeven binnen vijftien werkdagen te rekenen vanaf de datum van het verzoek vanwege de Algemene Directie Energie.’.”~~

Met de voorgestelde wijziging kan in beginsel worden ingestemd, echter onder voorbehoud van hetgeen werd gesteld in opmerking 15.5 over de mogelijkheid voor inschrijvers om zelf een aanvraag in te dienen op grond van de wet van 11 december 2022. Aangezien de minister aan het hoofd staat van zijn administratie lijken bovendien de woorden “en diens administratie” overbodig.

Artikel 10

19. Overeenkomstig artikel 10 van het ontwerp kan de minister een inschrijver uitsluiten van verdere deelname aan de concurrerende inschrijvingsprocedure wanneer de minister heeft vastgesteld of anderszins ervan op de hoogte is dat deze inschrijver het voorwerp uitmaakt van een lopende procedure tot terugvordering of een uitstaand bevel tot terugvordering van toegekende staatssteun.

Gevraagd of er niet minstens een veroordeling in eerste aanleg of de ontstentenis van een betwisting voor een rechtscollège moeten worden vereist, aangezien er immers kan blijken dat de beslissing tot terugvordering onterecht was,⁴⁰ stelde de gemachtigde:

“In het licht van de Europese staatssteunregels waarbij een terugvorderingsprocedure beoogd wordt ingevolge een beslissing van de Europese Commissie dat eerder verleende steun onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt werd verklaard, wordt volgende aanpassing van artikel 10 voorgesteld:

Art. 10. De minister kan een inschrijver uitsluiten van verdere deelname aan de concurrerende inschrijvingsprocedure, in welk stadium van deze procedure ook, wanneer de minister heeft vastgesteld of anderszins ervan op de hoogte is dat deze inschrijver het voorwerp uitmaakt van een procedure op basis van Europees of nationaal recht waarbij toegekende steun wordt teruggevorderd, op basis van een terugvorderingsbesluit bedoeld in artikel 16, van Verordening (EU) 2015/1589 dat uitstaat ten aanzien de begunstigde ingevolge een eerder besluit van de Europese Commissie waarin de steun onrechtmatig en met de interne markt onverenigbaar is verklaard een lopende procedure tot terugvordering of een uitstaand bevel tot terugvordering van toegekende staatssteun.”

Met het tekstvoorstel van de gemachtigde kan worden ingestemd.⁴¹

Artikel 17

20. Zoals de gemachtigde bevestigde, kan in artikel 17, § 2, tweede lid, van het ontwerp worden verduidelijkt dat een verkort schema “van de jaarrekeningen” wordt gepubliceerd.

⁴⁰ Vgl. adv. RvS 72.847/1 van 18 januari 2023 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 3 februari 2023 ‘tot toekenning van steun aan ondernemingen voor de compensatie van indirecte emissiekosten’, opmerking 7.

⁴¹ Duidelijkheidshalve met weglating van de komma na “artikel 16”.

21. De verwijzing in artikel 17, § 2, vierde lid, van het ontwerp naar “De financiële garantie bedoeld in paragraaf 1, onder d)” dient te worden vervangen door een verwijzing naar “De financiële garantie bedoeld in paragraaf 1, onder 4°”.

Artikel 18

22. Artikel 18 van het ontwerp bepaalt dat alleen volledige en ontvankelijke aanvragen worden getoetst aan de toekenningscriteria in dit hoofdstuk (i.e. hoofdstuk 2) en op grond daarvan gerangschikt. Met het oog op de duidelijkheid van de tekst, zou in die bepaling ook nog een verwijzing moeten worden ingevoegd naar de criteria vermeld in artikel 32, derde lid, die gelden ingeval van een even hoge score.

Artikel 21

23. In artikel 21, § 1, van het ontwerp lijkt er een gedeeltelijke overlap te bestaan tussen de onderscheiden subgunningscriteria b) en d).

De gemachtigde gaf in dit verband de volgende toelichting:

“Een score bij b) heeft geen directe impact op de score bij d), al is het voorwerp van de evaluatie wel gelieerd met elkaar. Bij b) worden punten toegekend aan de hand van het percentage directe burgerparticipatie in de bieding, inclusief het minimum van 1%. Bij d) krijgen de inschrijvers die 1% directe burgerparticipatie behalen automatisch 1 extra punt. De reden hiervoor is dat er een groter gewicht wordt gegeven aan directe burgerparticipatie teneinde dit te bevorderen.

Het criterium onder b) geeft een score op basis van de mate van directe burgerparticipatie, lees: is er meer of minder. Het criterium onder d) geeft een score voor het al dan niet aanwezig zijn van directe burgerparticipatie.

De score onder b) heeft geen impact op de score onder d). Bijvoorbeeld een kandidaat heeft 1.5% directe burgerparticipatie, dan zal hij onder b) 2 punten krijgen en onder d) 1 punt. Heeft een kandidaat 3% directe burgerparticipatie, dan zal hij onder b) 3 punten krijgen en onder d) eveneens 1.”

De voormelde toelichting van de gemachtigde lijkt niet in overeenstemming te zijn met de tekst van artikel 21, § 1, van het ontwerp, dat onder meer uitgaat van de mogelijkheid van 0,5 procent directe burgerparticipatie en dat extra punten toekent voor directe burgerparticipatie die meer dan 1% resp. 2% bedraagt (punt b), waardoor het hebben van minstens één procent directe burgerparticipatie (punt d) niet kan beschouwd worden als een afzonderlijk criterium waarbij het al dan niet aanwezig zijn van directe burgerparticipatie wordt beoordeeld. De vraag rijst dan ook of beide punten niet kunnen worden geïntegreerd in eenzelfde punt, waarbij dan de punten onder b) voor directe burgerparticipatie die meer dan 1% bedraagt zouden worden opgetrokken van 2 naar 3, en de punten voor directe burgerparticipatie die meer dan 2% bedraagt zouden worden opgetrokken van 3 naar 4.

24. De gemachtigde deelde mee dat het begrip “kmo’s, lokale autoriteiten, waaronder gemeenten, onderwijsinstellingen en verenigingen” (artikel 21, § 3, f), van het ontwerp) in dezelfde zin moet begrepen worden als de vermelding ervan in de definitie van “hernieuwbare-energiegemeenschap” (artikel 2, 107°, van de Elektriciteitswet)⁴². Die verduidelijking zou kunnen worden opgenomen in het verslag aan de Koning.

25. Een van de kenmerken van directe burgerparticipatie is dat deze “open en vrijwillig” is en openstaat “voor alle burgers die hierbij een verantwoordelijkheid willen opnemen, zonder enige discriminatie op basis van gender, sociale afkomst, ras, politieke voorkeur of religie” (artikel 21, § 3, a), van het ontwerp). De gemachtigde deelde mee dat bij indirecte burgerparticipatie evenmin sprake mag zijn van een gedwongen participatie en er daarbij uiteraard ook niet op basis van bijvoorbeeld ras of religie zal mogen worden gediscrimineerd. Om *a contrario* redeneringen te vermijden, kan de voorwaarde van artikel 21, § 3, a), van het ontwerp dan ook het best worden veralgemeend tot een kenmerk van zowel directe als indirecte burgerparticipatie.

26. Bij artikel 21, § 4, van het ontwerp kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt.

Ondervraagd over de draagwijdte van artikel 21, § 4, a), van het ontwerp deelde de gemachtigde mee dat de (onduidelijke) zinsnede “meestal via een online platform en” kan worden weggelaten.

Aangezien het, zoals de gemachtigde bevestigde, niet noodzakelijk hoeft te gaan om een achtergestelde lening, dient met het oog op de rechtszekerheid het woord “(achtergestelde)” (artikel 21, § 4, b), van het ontwerp) te worden weggelaten.

Met het oog op de eenvormigheid van de tekst dienen in artikel 21, § 4, c), van het ontwerp de woorden “de ontwikkelaar van het project” te worden vervangen door “de inschrijver”.

Artikel 27

27. In artikel 27, 11°, van het ontwerp moet de verwijzing naar titel 3 worden vervangen door een verwijzing naar titel 2, hoofdstuk 4.

Artikel 32

28. De regeling in artikel 32, vierde lid, van het ontwerp (voorwaarde inzake de naleving van de regels inzake staatssteun) is ondoelmatig in het licht van hetgeen in opmerking 6 is uiteengezet en moet dus worden weggelaten.

⁴² Deze bepaling vormt een omzetting van artikel 2, 16), van richtlijn (EU) 2018/2001 van 11 december 2018 van het Europees Parlement en de Raad ‘ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen’.

Artikel 39

29. Gevraagd naar de draagwijdte van het begrip “andere wetgeving” (artikel 39, § 1, derde lid, van het ontwerp), deelde de gemachtigde mee dat wordt bedoeld: andere wetgeving dan de Elektriciteitswet, de wet van 13 juni 1969 ‘inzake de exploratie en de exploitatie van niet - levende rijkdommen van de territoriale zee en het continentaal plat’ en de wet van 11 december 2022. Met het oog op de rechtszekerheid moet die verduidelijking worden opgenomen in de tekst van deze bepaling.

30. Ondervraagd over de draagwijdte van de zinsnede “definitief is geweigerd” (artikel 39, § 1, derde lid, van het ontwerp), stelde de gemachtigde:

“Krachtens artikel 39, §1, derde lid vervalt de domeinconcessie enkel wanneer de vereiste vergunningen of machtigingen definitief zijn geweigerd. Wanneer een beroep over weigering van een vergunning of machtiging aanhangig is voor een rechtscollege, is nog geen sprake van een definitieve weigering. Dergelijke definitieve weigering is er pas wanneer er geen georganiseerd administratief beroep openstaat noch hangende is. Derhalve zal tijdens dergelijke procedure voor een rechtscollege de domeinconcessie geschorst zijn.”

Met het oog op de rechtszekerheid moet die verduidelijking worden opgenomen in de tekst van deze bepaling.

31. Rekening houdend met de inhoud van artikel 6/5 van de Elektriciteitswet, moet de zinsnede “de aansluiting bedoeld in artikel 6/5 van de wet van 29 april 1999” (artikel 39, § 2, van het ontwerp) worden vervangen door de zinsnede “het aansluitingspunt bedoeld in artikel 6/5 van de wet van 29 april 1999”.

Artikel 41

32. De delegatie aan de Algemene Directie Energie in artikel 41, § 3, voorlaatste lid, om de indexeringsformule (niet: “indexering formule”) te herzien kan slechts doorgang vinden indien in het ontwerp wordt verduidelijkt wat moet worden begrepen onder “op basis van verandering van technieken”.

Artikelen 43 en 62

33. In het ontwerp wordt in de artikelen 43, § 1, 13°, en 62, § 1, van het ontwerp verwezen naar technische normen, hetzij NBN-normen of ISO-normen.

In het verleden heeft de Raad van State al herhaaldelijk gewezen op het probleem dat technische normen waarnaar wordt verwezen in wet- en regelgeving, niet in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt, dat ze niet in het Nederlands, in het Frans en zo mogelijk in het

Duits zijn gesteld of vertaald en dat ze in de regel enkel beschikbaar zouden zijn tegen een bepaalde vergoeding.⁴³

Aan artikel VIII.2 van het Wetboek van economisch recht ligt de bedoeling ten grondslag om tegemoet te komen aan het knelpunt van de ontbrekende bekendmaking van technische normen waarnaar in Belgische rechtsregels wordt verwezen. De voorschriften die zijn opgenomen in de voornoemde bepaling van het Wetboek van economisch recht op het vlak van de raadpleging en de terbeschikkingstelling van de betrokken normen zullen moeten worden nageleefd.

Artikelen 45 en 46

34. Artikel 45 van het ontwerp kan worden weggelaten, aangezien bij koninklijk besluit geen afbreuk mag worden gedaan aan een wettelijke bepaling, laat staan dat de geldingskracht van een wettelijke bepaling bij besluit zou kunnen worden bevestigd. Wel kunnen de wetten waarnaar in artikel 45 wordt verwezen worden opgenomen in artikel 46 van het ontwerp, ter vervanging van de verwijzing naar artikel 45 die in die bepaling is opgenomen.

Artikel 53

35. In artikel 53, § 1, tweede lid, van het ontwerp dient de verwijzing naar artikel 23, § 2, vijfde lid, van de Elektriciteitswet te worden vervangen door een verwijzing naar artikel 23, § 2, vierde lid, van de voornoemde wet.

Artikel 59

36. De domeinconcessiehouder kan een aanvraag tot verzaking richten aan de concessieverlenende overheid (artikel 59, § 1, eerste lid, van het ontwerp). In voorkomend geval is de domeinconcessiehouder een verzakingsvergoeding verschuldigd die ertoe strekt alle schade en kosten ten laste van de overheid die het gevolg zijn van de verzaking te compenseren, met inbegrip van de kosten verbonden aan de voorbereiding en organisatie van een nieuwe concurrerende inschrijvingsprocedure en het potentieel verlies van inkomsten uit het vergoedingsmechanisme (artikel 59, § 2, eerste lid, van het ontwerp). De toepassing van de regel van artikel 59, § 2, tweede lid, van het ontwerp kan ertoe leiden dat de domeinconcessiehouder, naast de verzakingsvergoeding, eveneens het in artikel 17, § 1, 4°, van het ontwerp vermelde bedrag van 70 of 140 miljoen euro verschuldigd is.

Gevraagd of deze regel niet kan leiden tot een verplichting tot een betaling van een schadevergoeding die niet in een redelijke verhouding staat tot de effectief geleden schade, stelde de gemachtigde:

⁴³ Zie ook C. JENART, Outsourcing rulemaking powers. Constitutional limits and national safeguards, Oxford University Press, 2022, 291 p.

“De financiële garantie bedoeld in artikel 17, §1, 4° strekt zich ertoe te verzekeren dat de bouw daadwerkelijk en tijdig gerealiseerd wordt. Deze financiële garantie is altijd verschuldigd bij de aanvraag. Deze financiële garantie is forfaitair bepaald en dekt dus niet noodzakelijk alle effectief geleden schade. Bovendien kan een deel van de financiële garantie al opgevraagd worden bij niet naleving van de verplichting bedoeld in artikel 43, §1, 2°, zoals blijkt uit artikel 43, §1, 2°, (lees: 43, § 2) waarbij ze dan niet meer kan opgevraagd worden bij de verzaking. De verzakingsvergoeding strekt er derhalve toe te verzekeren dat alle schade en kosten die veroorzaakt zijn door de verzaking gedekt kunnen worden.”

Aangezien de verzakingsvergoeding er al toe strekt “alle schade en kosten ten laste van de overheid die het gevolg zijn van de verzaking” te compenseren, kan artikel 59, § 2, tweede lid, van het ontwerp slechts doorgang vinden in de mate dat die vergoeding betrekking zou hebben op andere schade dan bedoeld in artikel 59, § 2, eerste lid, van het ontwerp, bijvoorbeeld omdat het betrekking zou hebben op de algemene maatschappelijke kosten die kleven aan het niet realiseren van een productiepark dat cruciaal is voor de energiebevoorrading. In die lezing gaat het veeleer om een soort strafbeding. Indien die bepaling wordt behouden zal in de memorie van toelichting bijgevolg een afdoende verantwoording moeten worden opgenomen.

Artikel 74

37. Artikel 74, 1°, beoogt de definitie van “garantie van oorsprong” in artikel 1, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 30 juli 2013 te actualiseren. De regeling voor de garanties van oorsprong kan na de intrekking van richtlijn 2009/28/EG⁴⁴ ‘ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG’ echter worden gevonden in artikel 19 van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen’, zodat veeleer naar die bepaling moet worden verwezen.

Artikel 766

38. Gevraagd wat de verantwoording is om in artikel 766 (lees: artikel 76) van het ontwerp te voorzien in een inwerkingtreding op de dag van de bekendmaking, antwoordde de gemachtigde:

“Deze bepaling kan inderdaad worden weggelaten zodat de standaardregel inzake de inwerkingtreding van toepassing is.”

Met die aanpak kan worden ingestemd.

⁴⁴ En niet 2009/28/CE, zoals ten onrechte vermeld in de Nederlandse versie van artikel 74, 1°.

Artikel 777

39. Artikel 777 van het ontwerp is foutief genummerd. Dit moet worden gecorrigeerd.

Slotopmerking

40. Het ontwerp moet nog worden nagekeken op de overeenstemming tussen de taalversies en andere slordigheden (zie bijvoorbeeld de discrepantie tussen de Nederlandse en Franse tekst in artikel 13, § 2, tweede lid, van het ontwerp)⁴⁵. Het ontwerp verdient voorts nog een taalkundig nazicht (zie bijvoorbeeld de vermelding “de f inschrijver” in de Nederlandse tekst van artikel 13, § 1, 3°, van het ontwerp).

*

⁴⁵ In die bepaling wordt in de Nederlandse tekst verwezen naar “het tweede lid” en in de Franse tekst naar “paragrafe 2”. Er lijkt echter te worden beoogd om te verwijzen naar het eerste lid.

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 principalement pour objet de fixer les règles relatives à la procédure de mise en concurrence pour l'octroi des parcelles pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique, et les conditions auxquelles les concessions domaniales ainsi octroyées peuvent être exploitées. Le projet fixe les conditions d'attribution de parcelles dans trois zones en mer du Nord : Noordhinder Noord, Noordhinder Zuid et Fairybank, collectivement désignées sous le nom de « zone Princesse Elisabeth ».

Les articles 2 à 38 du projet précisent les modalités de la procédure de mise en concurrence. Le titre 3 du projet (articles 39 à 61) contient les droits et obligations du concessionnaire lors de l'exécution de la concession domaniale, en ce compris un régime d'aide sur la base d'un *contract for differences*. Le titre 4 du projet (articles 62 à 65) établit un nouveau régime en ce qui concerne les organismes de contrôle et les attestations de conformité, et le titre 5 du projet contient, dans le prolongement de ce régime, un certain nombre de dispositions modificatives d'arrêtés royaux existants ¹ (articles 66 à 75).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* (article 766 – lire : article 76 – du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Il ressort du préambule que le fondement juridique du projet est recherché dans le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec les articles 6/3, § 3, 7 et 30bis, § 2, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité).

3.1. On observera, tout d'abord, que la loi du 19 décembre 2023 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', qui a été publiée au *Moniteur belge* le 27 décembre 2023, avec entrée en vigueur le 6 janvier 2024, modifie notamment les articles 6/3, § 3, et 7 de la loi sur l'électricité, visés dans le préambule.

¹ 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' et l'arrêté royal du 30 juillet 2013 'relatif à l'établissement d'un système d'octroi de garanties d'origine pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables'.

3.1.1. L'article 3 de la loi du 19 décembre 2023 modifie notamment le paragraphe 3 de l'article 6/3 de la loi sur l'électricité. L'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité s'énonce comme suit (les modifications apportées par la loi récemment adoptée sont soulignées) :

« § 3. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la commission, le Roi détermine le déroulement de la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles, et notamment :

1° les modalités complémentaires de la procédure de mise en concurrence et le contenu du cahier des charges, en veillant à assurer une publicité appropriée, une concurrence effective et une égalité de traitement de l'ensemble des candidats y participant. Les règles organisant la procédure de mise en concurrence garantissent notamment que le choix du soumissionnaire retenu ayant déposé la meilleure offre intervienne de manière simultanée avec l'attribution des permis et autorisations requis en vertu de la loi du 13 juin 1969 sur l'exploration et l'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental et de la loi du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin et l'organisation de l'aménagement des espaces marins sous juridiction de la Belgique ;

2° les critères de recevabilité auxquels doivent répondre les candidats aux procédures de mise en concurrence, qui peuvent entre autres se rapporter à la capacité technique, organisationnelle, financière et professionnelle du soumissionnaire ;

3° les critères d'octroi objectifs, non discriminatoires et transparents par lesquels un classement est établi et par lesquels le soumissionnaire retenu de la procédure de mise en concurrence est désigné ;

4° les règles en matière de conclusion du lien contractuel entre l'État belge et le soumissionnaire retenu de la procédure de mise en concurrence, les droits et obligations des parties, ainsi que les règles en matière de changement de contrôle, fusion ou scission du titulaire d'une concession domaniale ;

5° les règles en matière de transfert, de suspension totale ou partielle et de retrait d'une concession domaniale ;

6° les règles relatives au démarrage et à la durée de la concession domaniale, de la phase de construction, de la phase d'exploitation et de la phase de démantèlement ;

7° les activités que le titulaire d'une concession domaniale peut développer à côté de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les parcelles concernées ;

8° les garanties financières que le titulaire d'une concession domaniale doit constituer ;

9° la mesure dans laquelle et la manière dont la participation des citoyens peut être prévue et les communautés d'énergie renouvelable peuvent être impliquées par le titulaire d'une concession domaniale ainsi que le pourcentage minimum de participation citoyenne à atteindre ;

10° le cas échéant, le soutien d'une durée de maximum vingt ans, conformément à l'article 7 ;

11° les règles relatives à la renonciation à la concession domaniale par le titulaire de la concession domaniale et l'indemnité compensatoire de résiliation qui sera due à cet effet ».

3.1.2. L'article 7, § 1^{er}*quater*, de la loi sur l'électricité, après avoir été modifié par la loi du 19 décembre 2023, s'énonce comme suit :

« § 1^{er}*quater*. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition de la commission, le Roi peut établir un régime de soutien pour promouvoir la production d'électricité produite conformément à l'article 6/3 et adopter les mesures d'organisation du marché y relatives.

Par arrêté délibéré en Conseil des ministres et sur proposition de la commission, le Roi détermine le mode de calcul du coût des mesures visées à l'alinéa 1^{er} pour chaque année d'exploitation.

L'État fédéral et la commission concluent un protocole pour déterminer les modalités du paiement périodique de l'aide accordée.

Le financement de ces mesures s'effectue selon les modalités prévues à l'article 21*quinqies*, alinéa 2 ».

3.2. L'article 6/3, § 3, ainsi modifié, de la loi sur l'électricité procure, sous réserve des observations formulées ci-après, un fondement juridique aux articles 2 à 61 du projet. En ce qui concerne les articles 40 à 42, il faut rechercher un fondement juridique supplémentaire dans l'article 7, § 1^{er}*quater*, de la loi sur l'électricité. S'agissant de l'article 51, § 1^{er}, du projet, il y a lieu d'invoquer également l'article 30*bis*, § 2, de la loi sur l'électricité.

Compte tenu de ces fondements juridiques spécifiques et globaux, il n'y a pas lieu d'invoquer, en outre, le pouvoir général d'exécution du Roi.

4.1. La fin de l'article 24, alinéa 1^{er}, du projet exclut totalement une éventuelle indemnisation pour non-attribution, indépendamment des circonstances concrètes, et donc également en cas de résiliation sans motifs adéquats ou d'action volontaire de l'autorité concédante. Aucun des aspects cités dans l'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité, que le Roi peut régler, ne concerne directement l'indemnisation en cas de non-attribution. Le pouvoir général d'exécution ne peut pas non plus être invoqué à titre complémentaire à cet effet, rien ne permettant de déduire que le législateur envisageait une telle mesure lorsqu'il a élaboré le régime de l'article 6/3 de la loi sur l'électricité, ou qu'une telle mesure soit nécessaire pour l'application effective de ce régime, compte tenu de l'économie générale de la loi, qui doit se dégager de l'esprit qui a présidé à sa conception et des fins qu'elle poursuit.

À la question de savoir quel est le fondement juridique de l'article 24, alinéa 1^{er}, *in fine*, du projet, le délégué a déclaré :

« Er zou kunnen worden voorgesteld om die bepaling te herformuleren als volgt: 'zonder dat de inschrijvers aanspraak kunnen maken op vergoeding van indirecte schade of gederfde winsten' ».

Même dans le cas de cette interprétation plus restreinte de la limitation du droit à une indemnisation, le fondement juridique d'une telle disposition d'exonération reste fragile, de sorte qu'il est recommandé de prévoir d'abord un fondement légal plus adéquat ².

4.2. L'article 36, alinéa 2, du projet dispose que « le Conseil d'État [peut être] saisi d'une demande de suspension d'extrême urgence dans le délai visé à l'alinéa 1^{er} » (à savoir un délai de quinze jours). Il semble également pouvoir être interprété du dernier alinéa de l'article 36, qui mentionne « une demande de suspension introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er} » que l'intention est de prévoir un délai de recours devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif. Le rapport au Roi le confirme également :

« L'article 36 établit un délai de *standstill* (attente) de quinze jours pendant lequel les soumissionnaires peuvent introduire une demande de suspension d'extrême urgence contre la décision d'attribution auprès du Conseil d'État ».

Eu égard à la qualification de concession domaniale (voir plus loin l'observation 7), les délais particuliers pour les demandes de suspension d'extrême urgence visés par la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions' ne sont pas applicables au projet à l'examen, de sorte que ce sont les conditions générales prévues par l'article 17 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 pour l'introduction d'une demande de suspension, d'extrême urgence ou non, qui s'appliquent aux demandes de suspension relatives aux procédures d'attribution à l'examen. La question se pose par conséquent de savoir si le projet, par dérogation à ces conditions, vise à régler les délais de recours devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif.

Invité à fournir de plus amples explications, le délégué a d'abord nié que le projet règle le délai dans lequel une action peut être intentée contre la décision concernée :

« Artikel 36 van het ontwerp besluit regelt het tijdsbestek waarin de concessie kan worden gesloten, waarbij dergelijke sluiting niet is toegestaan:

(1) voor het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat vanaf de mededeling van de gemotiveerde beslissing aan de betrokken inschrijvers, en ook niet

(2) voordat de Raad van State uitspraak heeft gedaan in geval er een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingesteld bij de Raad van State binnen de voornoemde termijn

De termijn waarbinnen een vordering kan worden ingesteld tegen de betreffende beslissing wordt niet geregeld in het ontwerp besluit, daarvoor moet het wettelijk kader toegepast toepasselijk op de mogelijkheid tot betwisting van bestuurshandelingen ».

² À cet égard, le législateur devra en outre veiller à n'exclure aucune responsabilité de l'État dans les cas où le droit européen l'exige (voir C.J.U.E., 19 novembre 1991, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, ECLI:EU:C:1991:428 ; C.J.U.E., 5 mars 1996, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79). À ce propos, il faut souligner plus particulièrement la possibilité qu'une procédure d'attribution lancée au mépris du principe de *standstill*, consacré à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, doive être arrêtée en raison de griefs de la Commission européenne. Voir à ce sujet l'observation 6. Il conviendra également de tenir compte du fait qu'une telle limitation du droit à une indemnisation implique une ingérence dans le droit à la propriété garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel de la CEDH.

Interrogé ensuite sur le point de savoir si le projet n'a pas, alors, des conséquences pour le délai de recours et si les soumissionnaires peuvent donc encore introduire ultérieurement (par exemple le seizième jour à compter de la notification de la décision d'attribution) une demande de suspension, le délégué a toutefois déclaré :

« Voor zover en in de mate dat uw Afdeling Wetgeving zou menen dat dergelijke vorderingstermijn middels dit ontwerp besluit zou kunnen worden geregeld rekening houdend met de rechtsgrond in artikel 6/3, §3 van de elektriciteitswet en artikel 108 van de Grondwet (desgevallend als 'lex specialis' ten opzichte van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die geen termijn lijkt te voorzien voor dergelijke vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, cfr. artikel 17), zou inderdaad kunnen worden voorzien dat dergelijke vordering niet buiten de aangehaalde termijn van 15 dagen zou kunnen worden ingesteld en zodoende het in acht nemen van de vorderingstermijn van 15 dagen zou kunnen volstaan om de voorwaarde van spoedeisendheid aan te tonen ».

S'il est vrai que le Roi, sur le fondement de l'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité, peut régler les conséquences de l'introduction d'un recours en suspension sur la suite du déroulement de la procédure d'attribution, il n'en demeure pas moins que dans la mesure où les auteurs du projet envisageraient de modifier le délai même d'introduction d'une procédure spécifique devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif, le projet touche à l'accès à la justice, pour lequel un fondement légal exprès est requis ³. Or, un fondement juridique qui habiliterait le Roi à limiter le délai pour une demande de suspension d'extrême urgence semble faire défaut.

Si l'article 36 du projet était interprété de manière limitative, afin qu'il ne porte que sur les conséquences d'une demande de suspension introduite dans les quinze premiers jours suivant la décision d'attribution, la disposition serait en outre incomplète. Les demandes de suspension ordinaires introduites en dehors de ce délai peuvent en effet donner lieu aux mêmes problèmes que ceux que la disposition en projet vise à éviter. Un dispositif fait toutefois défaut à cet effet.

Il convient, dès lors, de reconsidérer l'article 36 du projet, et il faudra, le cas échéant, d'abord prévoir un fondement juridique adéquat.

4.3. Sur la base de l'article 42 du projet, le concessionnaire peut, dans une période de trois ans à compter de la mise en service de la première unité de production de son installation de production, conclure un ou plusieurs contrats de vente d'électricité avec des clients finals, sur la base d'un profil *pay as produced*, à prix fixe pour un maximum de la moitié de la production totale d'électricité de son installation de production, le prix de l'énergie produite n'étant pas plus élevé pour le client final que le *strike price* (indexé le cas échéant) majoré de 3 euros par mégawattheure (article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet). En outre, le concessionnaire peut conclure un ou plusieurs contrats de vente d'électricité avec des citoyens, des PME, des autorités locales, y compris des communes, des institutions d'enseignement, et des associations, pour autant que les conditions de participation directe des citoyens prévues à l'article 21, § 3, soient remplies, pour la vente d'un volume supplémentaire allant jusqu'à vingt-cinq pour cent de la production totale d'électricité de

³ Comp. avec l'avis C.E. 72.484/1 du 6 décembre 2022 sur un projet devenu l'arrêté royal du 19 janvier 2023 'portant exécution de la loi du 26 juin 1963 créant un Ordre des architectes', observation 3.3.

son installation de production, sur la base d'un profil *pay as produced*, à un prix fixe, dont le prix de vente de l'énergie produite est limité au *strike price* (indexé le cas échéant) majoré de 3 euros par mégawattheure (article 42, § 1^{er}, alinéa 2, du projet). La partie de la production qui est vendue dans le cadre de tels contrats est exclue de l'application du mécanisme de soutien visé à l'article 40 du projet (ce qu'il est convenu d'appeler le « *carve-out* »). Pour les clients en question, le régime a toutefois pour effet de fixer un prix maximum auquel cette partie de l'électricité produite peut être vendue, ce qui implique un avantage significatif pour ces clients en cas de prix de l'énergie élevés.

Selon le délégué, cette disposition trouverait son fondement juridique dans l'article 6/3, § 3, 10°, de la loi sur l'électricité, qui n'habilite cependant le Roi qu'à fixer le soutien pour une durée de 20 ans, et dans l'article 7, § 1^{er}*quater*, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, qui habilite le Roi à établir un régime de soutien pour promouvoir la production d'électricité produite conformément à l'article 6/3 et adopter les mesures d'organisation du marché y relatives. À propos de la disposition citée en dernier, l'exposé des motifs de la loi du 19 décembre 2023 indique ce qui suit ⁴ :

« Ce nouveau paragraphe 1^{quater} prévoit l'autorisation pour le Roi d'établir un régime de soutien, sur la base duquel, par exemple, un système d'octroi de garanties d'origine géré par la Commission pourrait également être prévu par le Roi. En outre, ce nouveau paragraphe 1^{quater} prévoit également l'autorisation pour le Roi d'adopter des mesures d'organisation du marché sur la base desquelles, par exemple, un prix maximum pourrait également être imposé par le Roi pour la vente d'électricité non subventionnée ».

4.3.1. Malgré ce point de rattachement dans l'exposé des motifs de la loi du 19 décembre 2023, on relèvera les aspects suivants.

L'article V.2 du Code de droit économique s'énonce comme suit :

« Les prix des biens et services sont déterminés par le libre jeu de la concurrence ».

À cet égard, l'avis de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) sur le projet indique, outre les objections fondamentales à propos de la compatibilité avec le droit européen mentionnées à l'observation 4.3.2., ce qui suit :

« (...) Enfin, la CREG constate que ce mécanisme de *carve-out* constitue, au regard du droit belge, une dérogation au principe de la libre formation des prix consacré à l'article V.2 du Code de droit économique. Si de telles dérogations ne sont pas en soi interdites, elles doivent être prévues par ou en vertu de la loi. Or, il apparaît qu'une telle habilitation n'est pas prévue par l'article 6/3 de la loi électricité, de sorte que le dispositif est, selon la CREG, dépourvu de base légale » ⁵.

L'objection de la CREG à propos du fondement juridique est justifiée. En effet, un avis antérieur du Conseil d'État, section de législation, a déjà précisé qu'une délégation légale

⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 3651/001, p. 12.

⁵ Avis (A)2606 du 19 juillet 2023 sur le projet d'arrêté royal établissant le déroulement de la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales d'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique. Article 6/3, § 3, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, p. 8.

expresse au Roi est nécessaire pour déroger à l'article V.2 du Code de droit économique⁶. La possibilité de déroger à l'article V.2. du Code de droit économique est en outre inscrite dans différents articles de la loi sur l'électricité⁷, mais pas dans ses articles 6/3 et 7.

L'argumentation développée dans le rapport au Roi, résumée de manière succincte ci-dessous, ne répond pas au problème de fondement juridique précité :

« Les objectifs auxquels contribue le principe selon lequel les prix doivent être librement déterminés par les fournisseurs – dans un marché qui fonctionne et qui est fondé sur l'interaction entre l'offre et la demande – de l'article 5 (et 9) de la directive sur l'électricité sont les suivants : (i) la responsabilisation des consommateurs, (ii) l'envoi de signaux d'investissement sur le marché, ce qui favorise la sécurité d'approvisionnement à moyen terme et la transition vers un système à faible émission de carbone, (iii) la transition vers un système électrique flexible, en particulier avec la participation de la demande, (iv) l'efficacité énergétique et les économies d'énergie - le prix de l'énergie étant un signal important de la valeur réelle de l'énergie, et (v) le choix du consommateur, les fournisseurs étant en concurrence pour proposer de meilleures offres basées sur le prix et le service. Le même raisonnement peut être appliqué aux principes de l'article 3 du règlement (UE) 2019/943 et de l'article V.2 du Code de droit économique respectivement.

(...)

La capacité/l'offre d'énergie renouvelable ne peut être augmentée à court terme de manière à équilibrer la demande et à rééquilibrer le marché : le marché n'a pas la capacité de s'auto-corriger.

(...)

En ce qui concerne plus particulièrement les dispositions précitées, il convient tout d'abord de noter que le régime proposé n'élimine pas la concurrence d'une manière qui serait contraire à l'article V.2 du Code de droit économique. Au moment où la procédure de mise en concurrence est organisée, la concurrence pour le marché est importante : la procédure de mise en concurrence est évaluée sur la base de deux critères d'attribution principaux, à savoir (i) *strike price* (noté à 90 points) et (ii) l'innovation du modèle d'entreprise (noté à 10 points). Compte tenu de l'importance accordée au critère du prix, chaque candidat sera encouragé à soumettre le *strike price* le plus bas possible et donc à se livrer une concurrence féroce pour remporter la concession domaniale ».

Il ne revient pas au Roi, sans avoir été habilité adéquatement et expressément à cet effet par une disposition légale, de fixer des règles qui, par dérogation à l'article V.2 du Code de droit économique, visent à corriger le fonctionnement du marché de l'électricité et entraînent une toute nouvelle intervention publique dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité. La circonstance que ces prix maximaux sont imposés à un titulaire de la concession domaniale désigné à l'issue d'une étude de marché n'y change rien, dès lors que l'on s'écarte encore toujours du principe défini à l'article V.2 du Code de droit économique. Par conséquent, le Roi ne dispose pas

⁶ Voir par exemple l'avis C.E. 54.884/3 du 20 janvier 2014 sur un avant-projet devenu la loi du 26 mars 2014 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3357/001, pp. 31-32, observation 12 : « Étant donné que le Roi ne peut contrevenir à la loi, il y a lieu d'ajouter les mots 'nonobstant l'article V.2 du Code de droit économique et' après les mots 'le Roi peut,' ».

⁷ Voir l'article 7sexies, § 4, alinéa 3, l'article 8, § 1^{er}/1, alinéa 4, et l'article 19bis, § 3, 2°, de la loi sur l'électricité.

d'un fondement juridique suffisant pour instaurer un régime qui déroge au principe de la libre formation des prix.

S'il n'est pas prévu au préalable un fondement juridique suffisant et exprès, le régime du prix maximum ne pourra pas être maintenu. Dès lors que la suppression de cet élément aurait des conséquences importantes pour le mécanisme de soutien, il faudra sans doute alors repenser l'ensemble du régime de *carve-out*, auquel cas le projet, à tout le moins pour ce motif, devrait à nouveau être soumis à l'avis du Conseil d'État.

4.3.2. Si le législateur souhaite encore prévoir un tel fondement juridique, il convient toutefois de relever également les points suivants.

Dans son avis, la CREG émet la réserve suivante en ce qui concerne la compatibilité d'un prix maximum avec le droit de l'UE ⁸ :

« 13. La CREG observe que le texte du projet d'arrêté royal vise clairement la fourniture d'électricité à un prix plafond, constituant une option (non obligatoire) pour le concessionnaire qui souhaite voir échapper une certaine proportion du volume produit au régime de compensation via le 2-sided CfD.

L'imposition d'un plafond de prix aux contrats de fourniture visés par le mécanisme de *carve-out* constitue toutefois une intervention publique dans la fixation du prix de fourniture d'électricité qui pourrait être considérée comme contraire à l'article 5 de la directive (UE) 2019/944 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Cette disposition prévoit que '[les] fournisseurs sont libres de déterminer le prix auquel ils fournissent l'électricité aux clients'. Certes, l'article 5 précité prévoit des exceptions à ce principe (i) d'une part, au profit des clients résidentiels vulnérables ou en situation de précarité énergétique, dans le respect de certaines conditions énoncées à l'article 5.4 et, (ii) d'autre part, au profit des autres clients résidentiels ou des microentreprises mais uniquement à titre transitoire en vue 'd'établir une concurrence effective entre les fournisseurs pour les contrats de fourniture d'électricité et de parvenir à une fixation pleinement effective des prix de détail de l'électricité fondée sur le marché' (art. 5.6) et également moyennant le respect de conditions strictes déterminées à l'article 5.7. En tout état de cause, dans la mesure où le mécanisme de *carve-out* semble couvrir la fourniture de clients qui ne sont pas uniquement résidentiels ou des microentreprises, il apparaît selon une première analyse contraire à l'article 5 de la directive (UE) 2019/944.

La CREG note à cet égard que le mécanisme des obligations de service public, tel qu'il est exposé à l'article 9 de la directive 2019/944 ne permet pas d'échapper aux limitations à la fixation des prix de fourniture posées par l'article 5 précité ⁹.

L'imposition d'un plafond de prix dans le mécanisme de *carve-out* pourrait également être considérée comme contraire à l'article 3, a) et b) du règlement (UE) 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité, qui dispose :

'Les États membres [...] veillent à ce que les marchés de l'électricité soient exploités conformément aux principes suivants : a) les prix sont formés sur la base de l'offre et de la demande ; b) les règles du marché encouragent la formation libre

⁸ Avis (A)2606 du 19 juillet 2023, pp. 7-8.

⁹ Note de bas de page 1 de l'avis cité : L'article 9.2 de la directive prévoit notamment que « [les] obligations de service public qui portent sur la fixation des prix pour la fourniture d'électricité respectent les exigences énoncées à l'article 5 de la présente directive ».

des prix et évitent les actions qui empêchent la formation des prix sur la base de l'offre et de la demande ; [...]

En ce qui concerne la question de conformité du mécanisme tant au regard de l'article 9 de la directive 2019/944 qu'à celui du règlement 2019/943, le caractère volontaire du mécanisme ne semble pas être de nature à modifier fondamentalement l'analyse ci-dessus.

Selon la CREG, le mécanisme de *carve-out* avec plafonnement à +3 EUR/MWh pourrait en outre être considéré comme problématique au regard des règles en matière d'aides d'État, notamment (i) parce que le plafonnement empêche une baisse significative du *strike price* (et donc du montant d'aide (comme évoqué supra)), (ii) parce qu'il constitue une mesure allant à l'encontre du fonctionnement efficient du marché ¹⁰, (iii) parce qu'il pourrait être considéré comme un prix maximum entravant la procédure de mise en concurrence ¹¹ et (iv) en tant qu'il pourrait être considéré comme une aide indirecte en faveur des clients non résidentiels. L'examen de ces diverses critiques dépasse les limites du présent avis et est du ressort de la Commission européenne, qui devra se prononcer à cet égard dans le cadre de la procédure de notification du mécanisme de soutien envisagé pour les installations de production de la zone Princesse Elisabeth.

(...) ».

Si le rapport au Roi contient bien une réplique aux observations de la CREG, ces explications perdent toutefois de vue le fait que l'article 5 de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE' ne permet des interventions publiques dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité que pour des catégories spécifiques de personnes, à savoir les « clients résidentiels vulnérables et en situation de précarité énergétique » et, encore uniquement à des conditions très strictes ¹², tandis que le champ d'application de l'article 42 du projet est beaucoup plus large et que le prix maximum s'applique à tous les clients de la production énergétique relevant du mécanisme de *carve-out*. Le régime à l'examen semble dès lors incompatible avec la disposition de la directive citée, ce qui peut en outre avoir des conséquences pour l'appréciation par la Commission européenne de la compatibilité du mécanisme de soutien en projet avec le marché intérieur.

Dès lors, il ne pourra être prévu qu'un fondement juridique spécifique pour l'instauration d'un prix maximum dans la mesure où ce dernier n'est utilisé qu'à l'égard des groupes cibles visés à l'article 5 de la directive (UE) 2019/944 et aux conditions mentionnées dans cette disposition.

4.4. L'article 44, alinéa 2, du projet vise à donner exécution à l'habilitation inscrite à l'article 6/3, § 11, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, inséré par la loi du 19 décembre 2023, bien

¹⁰ Note de bas de page 2 de l'avis cité : Selon les Lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022, § 123.

¹¹ Note de bas de page 3 de l'avis cité : EEAG 2022, § 42.

¹² Voir à ce sujet également l'avis C.E. 67.627/3 du 23 juin 2020 sur un projet d'arrêté de la Ministre de l'Économie 'modifiant l'arrêté ministériel du 1^{er} juin 2004 fixant les prix maximaux pour la fourniture d'électricité par les gestionnaires des réseaux de distribution aux clients finals dont le contrat de fourniture a été résilié par leur fournisseur et qui ne peuvent pas être considérés comme des clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire, au sens de l'article 20, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', observations 5.1 à 5.4.

que cette disposition légale ne soit pas mentionnée dans le préambule. Or, la disposition en projet n'est pas tout à fait conforme à cette disposition légale. Le paragraphe 11 précité s'énonce comme suit :

« La commission est chargée de contrôler le respect et de sanctionner l'obligation de participation citoyenne dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence telle que déterminée par le Roi en application du paragraphe 3, 9°.

La commission est chargée de vérifier périodiquement cette exigence et, le cas échéant, d'imposer au titulaire de la concession domaniale du domaine une amende administrative qui ne peut excéder un pourcentage du total des coûts d'investissement correspondant à la partie non respectée du pourcentage minimum. La commission peut tenir compte des circonstances et des efforts déployés. Le Roi peut déterminer les autres modalités du contrôle précité et la procédure d'imposition de l'amende précitée par la commission ».

Conformément à l'article 6/3, § 11, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, la CREG dispose ainsi, pour déterminer l'importance de l'amende administrative, de la possibilité de tenir compte des circonstances et des efforts déployés. Or, le régime en projet prévoit que la CREG doit imposer une amende égale au pourcentage des coûts totaux d'investissement correspondant à la partie du pourcentage minimum non atteinte, à moins que l'on puisse prouver un cas de force majeure – notion qui, comme le délégué l'a précisé, doit être comprise au sens du Code civil¹³. Par conséquent, la CREG n'a pas toujours la possibilité prévue par la loi, dans chaque cas concret, et donc également en dehors des cas de force majeure, de tenir compte des circonstances et des efforts déployés. Cette possibilité implique en effet que la CREG peut faire davantage que simplement déterminer s'il est question d'une « impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation » au sens de l'article 5.226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil, et qu'elle peut aussi modérer l'amende administrative en dehors des cas de force majeure.

L'article 44 du projet ne pourra être réputé trouver un fondement juridique dans l'article 6/3, § 11, alinéa 2, de la loi sur l'électricité que si cette disposition est adaptée dans ce sens.

5.1. En ce qui concerne les dispositions qui fixent de nouvelles règles en matière d'agrément des organismes de contrôle et d'octroi des attestations de conformité (articles 62 à 65 du projet), il convient de formuler les observations suivantes.

Invité à préciser davantage le fondement juridique des articles 62 à 65 du projet, le délégué a déclaré :

« De erkenning van de keuringsinstelling en het conformiteitsattest zoals ingevoegd in artikel 62 tot 65 is nodig voor de inwerkingtreding van het tweerichtingscontract ter verrekening van de verschillen (= het steunmechanisme), zoals bepaald in artikel 40 KB Tender. Aldus kan de instelling van dergelijk conformiteitsattest niet losgezien worden van het toekennen van de steun wat zich in artikel 6/3, § 3, 10° en artikel 7, § 1quater bevindt ».

¹³ L'article 5.226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil s'énonce comme suit : « Il y a force majeure en cas d'impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution ». Cette interprétation de la notion de « force majeure » est également pertinente pour les articles 39, 40, 42 et 43 du projet.

Il peut en principe être admis que ces dispositions trouvent un fondement juridique dans l'article 7, § 1^{er}*quater*, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, qui habilite le Roi à établir un régime de soutien pour promouvoir la production d'électricité produite conformément à l'article 6/3 et à adopter les mesures d'organisation du marché y relatives. À propos de la disposition citée en dernier, l'exposé des motifs de la loi du 19 décembre 2023 indique ce qui suit ¹⁴ :

« Contrairement au régime actuel, en ce qui concerne les parcs éoliens qui obtiennent une concession domaniale à la suite de l'organisation d'un appel d'offres visé à l'article 6/3 de la loi du 29 avril 1999 le paiement des subsides ne se fera plus sur base de certificats verts à émettre par la CREG et non plus via une obligation d'achat au prix minimum dans le chef du gestionnaire de réseau. À cet effet, un nouveau paragraphe 1^{er}*quater* est prévu à l'article 7 de la loi du 29 avril 1999 pour les parcs éoliens en mer qui feront l'objet d'une concession domaniale à la suite d'une procédure de mise en concurrence organisé[e] conformément à l'article 6/3, §§ 2 et 3, de la loi du 29 avril 1999. Ce nouveau paragraphe 1^{er}*quater* prévoit l'autorisation pour le Roi d'établir un régime de soutien, sur la base duquel, par exemple, un système d'octroi de garanties d'origine géré par la Commission pourrait également être prévu par le Roi. (...) ».

Il ressort des explications précitées que le législateur envisageait qu'un système géré par la CREG pourrait prévoir l'octroi de garanties d'origine. Cette notion présente des similitudes avec la notion d'« attestation de conformité » au sens du projet, qui atteste que l'électricité effectivement produite est de l'électricité verte et que la quantité produite est calculée selon les normes de mesure en vigueur (article 63, § 2, du projet).

Il ne semble toutefois pas exister de fondement juridique adéquat pour l'instauration d'un régime d'agrément qui permet au ministre d'agréer des organismes de contrôle qui sont responsables de l'octroi d'attestations de conformité et de l'établissement de rapports sur les visites aux installations de production (articles 62, 64 et 65 du projet). Compte tenu de la citation précitée de l'exposé des motifs, qui fait référence à un rôle central pour la CREG, il ne peut être admis, compte tenu de l'économie générale de la loi, que le Roi pouvait déduire l'instauration d'un tel régime d'agrément de l'esprit qui a présidé à la conception de la loi et des objectifs poursuivis par le législateur. Précédemment, le Conseil d'État, section de législation, avait déjà estimé que l'élaboration d'un régime d'agrément (qui, à instar du projet à l'examen, définit les conditions d'agrément, le mode d'introduction de la demande d'agrément auprès de l'entité compétente et le retrait) ne peut pas s'inscrire dans le cadre du pouvoir général d'exécution ¹⁵.

Les dispositions précitées ne peuvent, dès lors, se concrétiser que si un fondement juridique adéquat est préalablement prévu.

¹⁴ Doc. parl., Chambre, 2023-24, n° 3651/001, p. 12.

¹⁵ Avis C.E. 70.376/1 du 24 novembre 2021 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 17 décembre 2021 'tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 september 2007 houdende de organisatie van de vaststelling van en de controle op de samenstelling van rauwe koemelk', observation 2.2.6. Comp. également avec l'avis C.E. 45.486/3 du 2 décembre 2008 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 16 janvier 2009 'tot invoering van een volumekorting op het loodsgeld voor loodsverrichtingen in de loodsvaarwateren', observation 3.2.

5.2. Une même réserve s'applique aussi *mutatis mutandis* aux modifications apportées par les articles 66 à 73 du projet à 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', pour lesquelles l'article 7, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité ne procure pas de fondement juridique suffisant, dès lors que l'agrément des organismes de certification ne peut pas être considéré comme une mesure d'organisation du marché au sens de cette disposition ¹⁶.

FORMALITÉS

6. Le projet contenant un régime d'aides d'État, il doit en principe être notifié à la Commission européenne. L'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE) requiert en effet que la Commission européenne soit informée, en temps utile, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides.

Invité à préciser si le projet a déjà été notifié, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De aanmelding bij de Europese Commissie inzake staatssteun overeenkomstig artikels 107 en 108 VWEU is op heden nog niet gebeurd. Wel werden informeel de eerste contacten gelegd met de Europese Commissie en werden een eerste reeks vragen beantwoord. Het is onze intentie om dergelijke aanmelding voor staatssteun te verrichten in de loop van 2024 (Q1 wat betreft prenotificatie en uiterlijk Q2 of 3 wat betreft formele notificatie).

Het artikel 32, vierde lid, van het ontwerp besluit werd in het verslag aan de Koning voorzien van volgende toelichting in dat verband:

‘Er wordt een standstill-clausule met betrekking tot staatssteun voorzien. De domeinconcessie kan niet toegekend worden door de concessieverlenende overheid indien de Europese Commissie de steunmaatregelen vervat in dit besluit niet heeft goedgekeurd, of de termijn voor goedkeuring niet is verstreken. In het bijzonder wordt verwacht dat het tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen als staatssteun kwalificeert. Zolang de steunmaatregelen niet goedgekeurd zijn, of de termijn voor goedkeuring niet verstreken is, lijkt het niet aangewezen om de domeinconcessie toe te kennen. Deze creëert immers het recht op de steun. Deze voorwaarde hoeft niet noodzakelijk vervuld te zijn voor de gehele Prinses Elisabethzone, maar enkel voor de betrokken kavels. Het is immers niet uitgesloten dat er meerdere aanmeldingen gebeuren en/of afzonderlijke beslissingen genomen worden voor de afzonderlijke kavels.’ »

L'article 32, alinéa 4, du projet dispose en effet que le ministre ne peut prendre la décision d'attribution visée à l'alinéa 1^{er} que si la Commission européenne a déclaré les mesures d'aide contenues dans le présent arrêté compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107 du TFUE en ce qui concerne le(s) lot(s) concerné(s), ou si le délai dans lequel la Commission

¹⁶ Voir dans ce sens déjà l'avis C.E. 32.788/1 du 4 avril 2002 sur un projet devenu 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', observation 2.2.1.

européenne est tenue de prendre une décision sur les mesures d'aide concernant le(s) lot(s) concerné(s) a expiré.

Les auteurs du projet considèrent donc que le projet à l'examen peut être adopté et que la procédure d'attribution peut être lancée préalablement à une ou plusieurs décisions de la Commission européenne en matière d'aides d'État. Or, il ne paraît nullement évident, au moment où des demandes ont déjà été introduites, d'intervenir encore dans des règles existantes, telles que celles du « contrat d'écart compensatoire bidirectionnel », c'est-à-dire le mécanisme de soutien dans lequel le bénéficiaire se voit garantir un revenu fixe déterminé à l'avance (« strike price ») en fonction de l'AAP¹⁷, et dans lequel le niveau du soutien (qui peut être négatif) évolue en fonction du prix de référence de l'électricité et du facteur de correction¹⁸. En effet, le montant du « strike price » est l'un des critères d'attribution (voir l'article 19, § 2, du projet).

À cet égard, on peut rappeler l'observation suivante :¹⁹

« En vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, les États membres ont l'obligation, d'une part, de notifier à la Commission toute mesure tendant à instituer une aide d'État nouvelle ou à modifier une aide existante et, d'autre part, de ne pas mettre en œuvre une telle mesure, aussi longtemps que cette institution n'a pas pris une décision finale concernant ladite mesure. Cette double obligation (de notification et de suspension) vise à garantir que les effets d'une aide ne se produisent pas avant que la Commission n'ait eu un délai raisonnable pour examiner le projet en détail et, le cas échéant, entamer la procédure formelle d'examen. L'objectif final est, à l'évidence, d'exclure toute possibilité que des aides incompatibles avec le marché intérieur soient versées aux bénéficiaires ».

Le procédé envisagé par les auteurs du projet entraînera de sérieux problèmes juridiques si la décision de la Commission européenne est formulée d'une manière conditionnelle et si ces conditions requièrent une adaptation de l'arrêté envisagé. Le cas échéant, un texte adapté ou un projet d'arrêté modificatif devra (de nouveau) être soumis à l'avis du Conseil d'État²⁰, et il devra probablement être mis un terme à la (aux) procédure(s) d'attribution en cours. Les conditions d'octroi de l'aide étant directement liées à un élément crucial des offres – le « strike price » –, la pertinence des offres et l'égalité des candidats dans la procédure de passation ne peuvent alors en effet plus être garanties. Il convient en outre de souligner que l'interruption de la procédure d'attribution consécutivement au fait que l'autorité a agi avec négligence en mettant en œuvre un

¹⁷ L'article 1^{er}, § 2, 33^o, du projet définit « AAP » comme « Available Active Power, à savoir la production de l'électricité potentielle disponible d'une installation de production utilisant des sources d'énergie renouvelables sans tenir compte des curtailments, mais déduction faite des indisponibilités ».

¹⁸ Article 1^{er}, § 2, 34^o, du projet.

¹⁹ Conclusion de l'avocat général Emiliou du 9 novembre 2023, affaire C-516/22, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord*, paragraphe 186.

²⁰ Comp. avec l'avis C.E. 73.304/3 du 28 avril 2023 sur un avant-projet devenu la loi du 20 juillet 2023 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la surcharge pour le câble', *Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, n° 55-3390/001, p. 23, observation 5 ; l'avis C.E. 73.306/3 du 28 avril 2023 sur un projet devenu l'arrêté royal du 26 mai 2023 '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', observation 4.

régime d'aide en violation du principe de *standstill*, nonobstant l'article 24, alinéa 1^{er}, *in fine*, peut engager la responsabilité publique ²¹.

La formalité précitée devra encore être accomplie, de sorte que le projet à adopter ne peut être mis à exécution avant que la procédure auprès de la Commission européenne ait abouti à une décision finale. Il faut en principe différer l'adoption de l'arrêté à l'examen jusqu'à ce que la Commission européenne ait clôturé la procédure de notification. En tout état de cause, il faudra éviter qu'une procédure de mise en concurrence ne soit entamée avant que les conditions d'octroi de l'aide ne soient connues avec certitude.

7. Le dispositif en projet vise à mettre en place un cadre réglementaire permettant d'accroître la production d'électricité à concurrence d'une capacité supplémentaire, et ainsi, de compenser également la fermeture des centrales nucléaires. En outre, des prix maximaux sont fixés pour la vente d'électricité. Il s'agit par conséquent d'une matière qui touche aux grandes lignes de la politique de l'énergie. Compte tenu de cet élément, il a été demandé au délégué si le projet a fait l'objet d'une concertation avec les régions, conformément à l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Le délégué a déclaré ce qui suit :

« Ons inziens valt dit ontwerp besluit onder de bevoegdheid die de federale overheid ontleent aan het artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (BWHI) en is de overlegverplichting bedoeld in artikel 6, § 3, 2°, BWHI derhalve niet van toepassing. Conform het internationale zeerecht vallen zeeruimtes onder de bevoegdheid van de federale overheid (België trad toe tot het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee en bepaalde haar EEZ (exclusieve economische zone) in 1999 waarbij die voor België samenvalt met het continentaal plat). De federale overheid is bijgevolg bevoegd voor de bevordering van energieproductie uit hernieuwbare energie op het Belgische continentaal plat. Het feit dat de offshore elektriciteitsproductie-installaties in de territoriale zee gelegen is betekent dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie alsook inzake de regels inzake financiering van installaties betreft integraal onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen (cfr. GwH 5 december 2006, nr. 193/2006, B.24.2).

Bovendien valt dit ontwerp besluit ons inziens niet onder de grote lijnen van het energiebeleid en geldt voor dit ontwerp besluit geen verplichting tot overleg met de gewesten bedoeld in artikel 6, § 3, 3°, BWHI. Immers het voorliggende ontwerp besluit geeft uitvoering aan de beleidskeuzes die eerder werden gemaakt in de wet van 12 mei 2019 tot wijziging van de elektriciteitswet waarin reeds voorgeschreven werd dat een concurrerende inschrijvingsprocedure moet worden georganiseerd voor de toekenning van domeinconcessies op grond waarvan de succesvolle inschrijver aan wie de domeinconcessie wordt verleend toelating verkrijgt om gebruik te maken van de betrokken kavels met het oog de bouw en de privatieve exploitatie van offshore elektriciteitsproductie-installaties.

Wat betreft de uitoefening van de energiebevoegdheden op de Noordzee is het zo dat de gewesten slechts bevoegd zijn om de hun toegewezen aangelegenheden te regelen binnen hun territoriaal bevoegdheidsgebied, bepaald in de artikelen 3 en 5 van de Grondwet en artikel 2 van de Bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen (BWHI). De mariene gebieden (de territoriale zee en de exclusieve economische zone) van België liggen buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten (Grondwettelijk Hof 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.20.2.). De gewesten missen de

²¹ Voir à ce propos l'observation 4.1.

bevoegdheid tot het vaststellen van regels in verband met gebiedsdelen die buiten hun territoriaal bevoegdheidsgebied zijn gelegen. Die regels moeten worden vastgelegd door de federale wetgever, die ter zake de residuaire bevoegdheid bezit (Advies Raad van State van 31 mei 2011, nr. 49.570/3).

Het feit dat de offshore energieproductie-installaties in de territoriale zee zijn gelegen, houdt in dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie als de regels inzake de financiering van de installaties betreft, integraal onder de bevoegdheid van de federale Staat vallen (I. GERKENS, *Droit de l'énergie et de l'immobilier*, Wolters Kluwer Belgium, 2010, 7.).

De bouw en exploitatie van de energieproductie-installaties in de Noordzee behoort tot de federale bevoegdheden, net zoals de bouw en de exploitatie van installaties noodzakelijk voor de transmissie van deze elektriciteit. Deze aangelegenheden ressorteren onder de federale bevoegdheden inzake de grote infrastructuur voor de stockering, het vervoer en de productie van energie (K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, o.c., 638.).

De bevoegdheid van de federale overheid inzake de productie van energie (Art. 6, §1, VII, tweede lid, c), BWHI) omvat in essentie de fossiele brandstoffen, de kernenergie en de offshore productie-installaties. Er moet overleg gepleegd worden tussen de betrokken gewestregeringen en de federale overheid over iedere maatregel op het gebied van energiebeleid, buiten de bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, van de BWHI. »

À cet égard, les observations suivantes peuvent être formulées.

L'avis 64.986/1 du 30 janvier 2019 sur l'avant-projet de loi devenu la loi qui a inséré notamment l'article 6/3 dans la loi sur l'électricité²², a déjà relevé qu'une obligation de concertation s'applique à cette loi, conformément à l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, et le délégué a également déclaré à l'époque que cette loi avait été soumise au Comité de concertation²³.

Par ailleurs, le Conseil d'État, section de législation, a déjà souligné dans l'avis précité que l'arrêté d'exécution devra lui aussi faire l'objet d'une concertation :

« 5.2. Il a également été demandé au délégué de préciser le critère sur la base duquel, d'une part, la concurrence sera organisée et, d'autre part, les différents soumissionnaires devront se différencier²⁴. L'exposé des motifs semble envisager différents systèmes d'adjudication, de sorte que la question se pose de savoir si l'intention est de laisser au Roi le soin de décider d'une manière totalement discrétionnaire quelle formule sera appliquée et si, le cas échéant, cette décision interviendra dans l'arrêté d'exécution, ou même de lui permettre de subordonner cette décision à une option spécifique figurant dans le cahier des charges concerné.

Le délégué a répondu à cette question comme suit :

²² Loi du 12 mai 2019 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en vue d'introduire une procédure de mise en concurrence pour la construction et l'exploitation d'installations de production dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique et ratifiant l'arrêté royal du 11 février 2019, modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables'.

²³ Avis C.E. 64.986/1 du 30 janvier 2019 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 12 mai 2019, observation 5.1.

²⁴ *Note de bas de page 4 de l'avis cité* : Comme par exemple un soutien aussi modeste que possible au sens de l'article 6/3, § 3, 10°, en projet, de la loi du 29 avril 1999 (article 5 de l'avant-projet), la puissance installée, la continuité de la production ou la maximalisation de l'utilisation de la surface disponible des lots.

‘Krachtens het nieuwe ontworpen artikel 6/3, §3, 3° van het wetsontwerp bepaalt de Koning, bij een in ministerraad overlegd besluit, de toekenningscriteria op basis waarvan een rangorde wordt gemaakt en de geselecteerde inschrijver van de concurrerende inschrijvingsprocedure wordt aangeduid. Gelet op de beoogde lancering van de eerste tender in de tweede helft van 2022, maakt deze machtiging aan de Koning het mogelijk om op een later tijdstip de toekenningscriteria te bepalen rekening houdend met eventueel geëvolueerde marktomstandigheden en technologische ontwikkelingen.

Gelet op de bewoordingen „Daarbij kan onder andere gedacht worden aan:“ beoogt de memorie van toelichting richtinggevend te zijn zonder evenwel limitatief te zijn en dus zonder aan de discretionaire bevoegdheid van de Koning te raken. Gelet op het cruciale belang van deze toekenningscriteria, werd ervoor gekozen om de Koning bij wet op te dragen na overleg in de Ministerraad deze toekenningscriteria vast te leggen.

Bijgevolg is het niet de bedoeling om de vastlegging van deze criteria door te schuiven naar ieder afzonderlijk bestek.’

Il ressort de la réponse du délégué que l'intention est de laisser une très grande autonomie au Roi pour fixer un aspect tout de même important de la politique de l'énergie. Il appartient évidemment au législateur d'apprécier s'il est opportun de laisser une liberté d'appréciation à ce point étendue au Roi. En tout cas, l'étendue de la liberté d'appréciation implique que, conformément à l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, les arrêtés d'exécution devront également faire l'objet d'une concertation avec les régions ».

En ce qui concerne l'arrêt de la Cour constitutionnelle concernant le recours en annulation de l'article 62 de la loi du 20 juillet 2005 ‘portant des dispositions diverses’ (production d'électricité à partir du vent dans les espaces marins), mentionné par le délégué, il peut en outre être relevé que dans cette affaire, la Cour constitutionnelle a précisément rejeté un moyen au motif qu'il est ressorti des travaux préparatoires de la loi précitée que la concertation avec les gouvernements régionaux, requise conformément à l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, avait bien eu lieu ²⁵.

La concertation avec les régions, requise conformément à l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, devra donc encore avoir lieu.

8. Si le texte du projet devait encore être modifié à la suite de l'accomplissement des formalités précitées ²⁶, ces modifications devraient également encore être soumises à l'avis de la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

²⁵ C.C., n° 193/2006 du 5 décembre 2006, cons. B.14.2.

²⁶ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état l'avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans l'avis.

EXAMEN DU TEXTE

Observation générale

9. L'article 6/3 de la loi sur l'électricité se base sur une qualification de « concession domaniale » des parcelles à attribuer (et donc pas sur une qualification de concession de travaux ou de services ni sur une qualification de marché public). Il va sans dire que le Roi doit tenir compte de cette qualification légale.

9.1. À une question de l'auditorat posée lors de l'examen de l'avant-projet qui a conduit notamment à l'article 6/3 de la loi sur l'électricité, à propos de l'application éventuelle de règles européennes en matière de marchés publics ou de concessions à la procédure en projet, il a été répondu précédemment en ces termes : ²⁷

« [H]et [is] verantwoord [...] aan te nemen dat de betrokken domeinconcessieovereenkomsten niet aan de [...] wet van 17 juni 2016 [betreffende de concessieovereenkomsten] onderworpen zijn. Immers, domeinconcessies in de zin van het Belgisch administratief recht worden, krachtens de preambule van Richtlijn 2014/23/EU en de memorie van toelichting van de Concessiewet, uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van deze regelgeving uitgesloten. Deze uitsluiting kan van toepassing worden geacht, op voorwaarde dat het wetsontwerp, de uitvoeringsbesluiten en het bestek voor de concurrerende inschrijvingsprocedure geen al te gedetailleerde eisen inzake de bouw en de exploitatie van de elektriciteitsproductie-installaties (zullen) vooropstellen. De titularis van de domeinconcessie dient bij het ontplooiën van zijn activiteiten op de betrokken kavels, over een aanzienlijke vrijheid te beschikken.

Zoals reeds aangehaald in de memorie van toelichting, wordt verder nog opgemerkt dat dit wetsontwerp ertoe strekt om de procedure van toewijzing van domeinconcessies te wijzigen teneinde de verenigbaarheid ervan met de Europese regels inzake staatssteun en in het bijzonder de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 van de Europese Commissie te verzekeren ».

À cet égard, invité à préciser comment il y a lieu de comprendre la mention figurant à l'article 27, 4°, du projet, qui fait état de « spécifications techniques et fonctionnelles des travaux ou des services qui font l'objet de la concession domaniale » dans les documents de concession, compte tenu des autres dispositions du projet ²⁸, et interrogé sur le point de savoir si l'intention est que les documents de concession contiennent des prescriptions (ou spécifications) techniques détaillées, le délégué a répondu ce qui suit :

« Neen, het is niet de bedoeling dat de concessiedocumenten gedetailleerde technische voorschriften (of specificaties) omvatten voor het bouwen of voor de exploitatie van de energieproductie-installaties, behoudens deze gerelateerd aan de aansluiting van de installaties op de Modular Offshore Grid of gerelateerd aan de milieuvergunning. Het is de bedoeling dat de concessiehouder diens gebruiksrecht ten volle voor de private bouw en exploitatie van energieproductie-installaties kan benutten. Overeenkomstig artikel 6/3, § 3

²⁷ Voir à cet égard aussi l'avis C.E. 64.986/1 : « [...] En tout cas, l'étendue de la liberté d'appréciation implique que, conformément à l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, les arrêtés d'exécution devront également faire l'objet d'une concertation avec les régions », observation 5.2.

²⁸ Dès lors qu'il peut se déduire de l'article 7, 3°, du projet qu'il existe des « spécifications techniques et fonctionnelles », que l'article 7, 10°, du projet requiert l'utilisation des « meilleures techniques disponibles » et qu'une obligation de réception après 48 mois résulte de l'article 39, § 2, du projet.

van de elektriciteitswet van 29 april 1999 kunnen dergelijke concessiedocumenten wel algemene voorwaarden bevatten voor het gebruik van de kavels zoals een minimum te installeren productiecapaciteit, de regels inzake het sluiten van een contractuele band, de toegelaten activiteiten naast de productie van elektriciteit en de vereisten inzake een deugdelijk plan van aanpak op basis waarvan een haalbare en tijdige realisatie en een behoorlijke bouw, exploitatie en ontmanteling redelijkerwijze kan verwacht worden. De concessiedocumenten zullen eveneens een verwijzing bevatten naar een model milieuvergunning alsook naar een model aansluitingscontract die onder bepaalde voorwaarden en binnen bandbreedtes op vlak van bepaalde parameters de private realisatie en private exploitatie van de energieproductie-installaties zullen toelaten.

De evaluatie van de door de inschrijver vooropgestelde technieken en middelen in functie van de ontwikkeling van energieproductie-installaties alsook de termijn van realisatie, is ingegeven vanuit de bedoeling om een grote waarschijnlijkheid van realisatie binnen een redelijke termijn na te streven mede in het licht van de Europese doelstellingen waardoor België gebonden is. Indien uit de beschrijving van de door de inschrijver vooropgestelde technieken en middelen de beoogde bijkomende geïnstalleerde capaciteit bijvoorbeeld redelijkerwijze niet technisch haalbaar zou kunnen worden geacht en / of risico's voor de veiligheid met zich zou meebrengen, zou daaraan een gepast gevolg kunnen worden gegeven.

Met de maximale termijn voor de bouwfase bedoeld in artikel 39, § 2 van het ontwerp besluit wordt eveneens beoogd om een eventuele onderbenutting van het betreffende kavel te vermijden, bijvoorbeeld in het geval er onredelijk lange tijd zou genomen worden voor de start of voltooiing van de bouw van energieproductie-installaties waardoor waardevolle potentiële exploitatiejaren binnen de concessieduur verloren zouden gaan ».

9.2. En outre, on peut constater que certaines règles issues de la réglementation en matière de marchés publics et de concessions sont reproduites, parfois d'une manière élargie et bien plus souvent que ce n'était le cas dans le passé ²⁹. Ainsi, l'article 8, § 1^{er}, du projet reproduit essentiellement l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'. D'autres articles paraphrasent quant à eux la réglementation en matière de marchés publics ³⁰.

À cet égard, il faut relever la jurisprudence du Conseil d'État, section du contentieux administratif, selon laquelle il peut être conclu à une autre qualification si l'autorisation d'utiliser de manière privative le domaine public, élément qui s'inscrit dans le cadre d'une concession domaniale, apparaît comme un élément certes nécessaire mais seulement subordonné de l'accord ³¹, compte tenu notamment du considérant 15 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession', qui s'énonce comme suit (soulignement de l'auteur) :

« En outre, certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique,

²⁹ Comp. avec le contenu plus sommaire de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 'relatif aux conditions et à la procédure d'octroi des concessions domaniales pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'eau, des courants ou des vents, dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit international de la mer'.

³⁰ Comp. également par exemple l'article 13, § 1^{er}, du projet avec l'article 69, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.

³¹ C.E., 9 septembre 2021, BV LED AD, n° 251.439.

d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens publics, en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive. [...] ».

9.3. Dès lors que les documents de concession devront encore être établis, il ne paraît pas possible pour le moment de prendre position sur la qualification exacte. On peut néanmoins souligner que la reproduction fréquente de règles issues du droit des marchés publics – dans la mesure où celles-ci ne seraient pas nécessaires à la lumière des règles relatives aux aides d'État – pourrait notamment donner lieu à des malentendus, voire des litiges à propos du champ d'application des règles relatives aux marchés publics ou aux concessions.

9.4. Les auteurs du projet peuvent dès lors éviter le risque de requalification en précisant davantage le choix en faveur d'une concession domaniale dans le rapport au Roi, dans le prolongement des explications mentionnées au point 9.1, en reproduisant le moins possible des règles issues du droit des marchés publics et en conférant, lors de l'établissement des documents de concession, une portée restrictive aux spécifications techniques et fonctionnelles visées à l'article 27, § 1^{er}, 4^o.

Préambule

10. Compte tenu des observations formulées ci-dessus concernant le fondement juridique, le deuxième alinéa du préambule devra en outre faire référence à l'article 6/3, § 11, alinéa 2, de la loi sur l'électricité.

Par ailleurs, il faudra encore viser les modifications apportées par la loi du 19 décembre 2023.

La référence à l'article 108 de la Constitution doit être omise.

Article 1^{er}

11. La portée précise de la notion de « strike price » manque de clarté. Il peut se déduire de l'article 1^{er}, § 2, 24^o, du projet qu'il s'agit d'un prix offert par mégawattheure, l'article 1^{er}, § 2, 34^o, du projet faisant quant à lui mention d'un « revenu fixe [garanti] déterminé à l'avance ».

Invité à apporter des éclaircissements, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De strike price is een kenmerkende eigenschap van het ondersteuningsmechanisme 'tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen' waarbij een vast inkomstenniveau (de 'strike price') wordt gegarandeerd op basis van de via de groothandelsmarkt geïnde inkomsten. Indien de elektriciteitsprijs op de groothandelsmarkt lager is dan de strike price, dan betaalt de overheid het verschil aan de begunstigde; is de elektriciteitsprijs hoger dan de strike price, dan betaalt de begunstigde het verschil aan de overheid. Deze strike price (per megawattuur) wordt geboden door de verschillende inschrijvers op basis van hun verwachte, gegarandeerde inkomst die noodzakelijk is om een

rendabel project te realiseren.

In dat opzicht wordt voorgesteld om de definitie in punt 34° aan te passen als volgt:

‘24° strike price: de in de aanvraag van een inschrijver opgegeven biedprijs in euro per megawattuur (€/MWh), tot vier decimalen, die wordt gebruikt om het recht op betaling en de verplichting tot terugbetaling van de concessiehouder te bepalen overeenkomstig de artikelen 41 en 43, § 1, 3°;’

‘34° tweerichtingscontract ter verrekening van verschillen: een steunmechanisme waarbij de begunstigde een vooraf bepaald vast ~~inkomen~~ inkomstenniveau gegarandeerd krijgt ("strike price") op basis van AAP en waarbij het steunniveau (dat negatief kan zijn) verandert naargelang van de elektriciteitsreferentieprijis en de correctiefactor;’ ».

On peut se rallier à l’adaptation proposée.

12. La définition de « participation citoyenne directe » (article 1^{er}, § 2, 28°, du projet) se réfère aux conditions figurant à l’article 22, § 3, du projet et résume en outre les conditions qui y sont mentionnées. La définition se termine par la phrase : « Le partenariat doit alors également répondre aux conditions décrites ci-dessus ».

Or, des dispositions à caractère normatif n’ont pas leur place dans un article définissant des notions, alors que tel est cependant le cas en l’occurrence. L’article 1^{er}, § 2, 28°, du projet devra dès lors être abrégé, une référence à l’article 22, § 3, précité pouvant suffire à cet égard.

Article 2

13. L’article 2, § 1^{er}, du projet, dont les deux versions linguistiques ne concordent d’ailleurs pas³², fait double emploi sur le fond avec l’article 23, alinéa 1^{er}, du projet et peut dès lors être omis.

Article 5

14. L’article 5 du projet exclut certaines catégories de demandeurs potentiellement intéressés en imposant des conditions de constitution conformément au droit d’un État membre de l’UE (article 5, § 1^{er}) et en exigeant de disposer d’une « administration centrale, d’un établissement principal ou d’un siège social situé dans un Etat membre de l’Union européenne, [...] pour autant que l’activité de cet établissement ou de ce siège social représente un lien effectif et continu avec l’économie de l’État dans lequel il est situé » (article 5, § 2). Le rapport au Roi justifie ce régime au regard de l’objectif de « permettre l’exécution des obligations imposées par l’arrêté ».

³² Le délégué a communiqué que c’est le ministre qui doit être mentionné dans les deux versions linguistiques (et donc pas l’autorité concédante), ce qui est également indiqué dans l’article 23, alinéa 1^{er}, du projet.

À la question de savoir pourquoi l'article 5 du projet ne fait pas mention d'États membres de l'Espace économique européen, mais seulement d'États membres de l'UE, le délégué a répondu :

« Op basis van de website van de European Free Trade Association (EFTA) kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat alle EU wetgeving inzake energie inmiddels eveneens van kracht is binnen de Europees Economische Ruimte (en er daar dus gelijkaardige rechten en plichten gelden als in België). Zie bijvoorbeeld volgende link:

<https://www.efta.int/eea-lex/32019L0944> (...) ».

L'article 5 concerne le lieu d'établissement du soumissionnaire, de sorte qu'on n'aperçoit pas immédiatement le lien avec la transposition de la législation en matière d'énergie dans le pays concerné. À cet égard, il faut souligner que la libre circulation au sein de l'Union européenne est garantie par le TFUE et par l'accord sur l'EEE au sein de l'EEE³³. Par ailleurs, il convient de tenir compte des conventions internationales qui engagent l'UE³⁴.

En outre, le régime en projet est plus strict que la réglementation sur les marchés publics. Ainsi, l'article 25 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' dispose ce qui suit³⁵ :

« Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union ».

S'il est vrai que le régime à l'examen est conçu comme une attribution d'une concession domaniale qui ne relève pas du champ d'application de cette directive, cette qualification ne semble pas en soi justifier la différence de traitement. À cet égard, il faut en outre prendre en considération le fait que cette disposition de la directive n'est que la traduction d'obligations qui incombent à l'Union et ses États membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, en particulier au titre de l'Accord sur les marchés publics (AMP) précité.

Il y a lieu de reconsidérer l'article 5 du projet à la lumière de ce qui précède.

³³ Avis C.E. 62.268/3 du 6 novembre 2017 sur un avant-projet devenu notamment la loi du 18 février 2018 'portant des dispositions diverses en matière de pensions complémentaires et instaurant une pension complémentaire pour les travailleurs indépendants personnes physiques, pour les conjoints aidants et pour les aidants indépendants', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-18, n° 54-2891/001, pp. 115-116, observation 4.1.

³⁴ À cet égard, on relèvera plus particulièrement l'article 147, § 2, a) et b), de l'Accord de partenariat et de coopération renforcé entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Kazakhstan, d'autre part, qui contient des garanties spécifiques pour l'égalité de traitement des investisseurs européens et kazakhs dans les énergies renouvelables.

³⁵ Cette disposition a été transposée par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.

Articles 6 et 34

15. Le 2° de l'article 6 et le 3° de l'article 34, alinéa 1^{er}, du projet ne mentionnent que l'hypothèse d'un « transfert » de permis et d'autorisations requis par ou en vertu de la loi du 11 décembre 2022 'visant la protection du milieu marin et l'organisation de l'aménagement des espaces marins belges' de l'administration au titulaire de concession. Il n'est pas tenu compte de l'hypothèse dans laquelle un soumissionnaire demanderait et obtiendrait lui-même ces permis et autorisations.

15.1. Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Hiervoor kan worden verwezen naar volgende toelichting in het verslag aan de Koning:

'De vergunning vereist krachtens de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden zal worden aangevraagd door de administratie en vervolgens overgedragen aan de inschrijver aan wie de domeinconcessie wordt toegekend.'

'De milieuvergunning zal in eerste instantie aangevraagd worden door de FOD Economie en vervolgens overgedragen worden aan de inschrijver aan wie de domeinconcessie wordt toegekend. In de concessiedocumenten zullen de voorwaarden van de milieuvergunning opgenomen worden. De inschrijvers moeten verzekeren dat hun aanvraag hiermee in overeenstemming is.'

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat eind september 2023 de milieuvergunning werd aangevraagd door de FOD Economie bij de FOD Leefmilieu en KBIN, waarbij die laatste momenteel een publieke consultatie houden over dit onderwerp³⁶ en waarbij de verkrijging van de vergunning kan verwacht worden in de loop van de maand juli 2024. Bij de lancering van de tender zal dan de model milieuvergunning worden mede bekendgemaakt zodat de potentiële projectontwikkelaars kennis kunnen nemen van de inhoud van die milieuvergunning die aan de winnaar van de tender zal worden overgedragen overeenkomstig het KB van 7 september 2003 houdende de procedure tot vergunning en machtiging van bepaalde activiteiten in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België ».

À la question de savoir quel est le fondement juridique permettant au Roi de prévoir un tel régime de transfert, dès lors que cette possibilité n'est, en effet, pas mentionnée expressément dans la loi du 11 décembre 2022, le délégué a répondu en ces termes :

« In het voorliggende ontwerp besluit wordt geen procedure tot overdracht van een milieuvergunning voorzien, maar wordt slechts beoogd om een verwijzing op te nemen naar de betreffende regelgeving.

In uitvoering van artikel 26 van de (inmiddels opgeheven) wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, werd het Koninklijk besluit 7 september 2003 houdende de procedure tot vergunning en machtiging van bepaalde activiteiten in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België genomen dat in artikel 40 voorziet in een procedure te volgen voor een overdracht van een milieuvergunning.

³⁶ Note de bas de page 1 de la réponse du délégué : https://odnature.naturalsciences.be/mumm/nl/blog_news.

Voornoemde wet van 20 januari 1999 belast de Koning in artikel 26 ermee om de voorwaarden en de procedure voor de toekenning, de opschorting en de intrekking van de in artikel 25 bedoelde vergunningen of machtigingen te bepalen. Aangezien de overdracht van een vergunning ook de toekenning impliceert lijkt voornoemde artikel 26 een rechtmatige machtiging om bij KB een procedure inzake overdracht van de milieuvergunning te voorzien (cfr. KB van 7 september 2003). In het advies 35.785/1/V heeft de Raad van State daar geen opmerking over gemaakt.

Voornoemde wet van 20 januari 1999 werd inmiddels opgeheven en vervangen door de wet van 11 december 2022 dat een gelijkaardige machtiging aan de Koning bevat tot bepaling van de procedure tot het bekomen van een vergunning (cfr. artikel 16, §5 van de wet van 11 december 2022). (...) ».

15.2. L'article 16, §§ 1^{er} à 5, de la loi du 11 décembre 2022 s'énonce comme suit :

« § 1^{er}. Dans les espaces marins, les activités énumérées ci-dessous sont soumises à un permis préalable:

1° la mise en place ou l'exploitation d'une installation offshore;

2° l'excavation de tranchées;

3° le rehaussement du fond de la mer;

4° l'usage d'explosifs;

5° l'usage d'engins ayant un gros impact acoustique;

6° l'abandon et la destruction d'épaves et de cargaisons coulées;

7° les activités commerciales et industrielles.

§ 2. Le Roi peut, en vue de la protection du milieu marin, soumettre à un permis des activités dans les espaces marins autres que celles mentionnées au paragraphe 1^{er}.

§ 3. Les activités ci-dessous ne sont pas soumises au permis visé par le présent article:

1° la pêche professionnelle;

2° la surveillance par ou sur ordre des autorités;

3° la recherche scientifique, sauf dans le cas prévu à l'article 18, § 2;

4° la navigation, à l'exception des activités visées au paragraphe 1^{er}, 6° ;

5° l'identification et l'élimination des munitions non explosées (UXO), sauf dans le cas prévu à l'article 18, § 2.

§ 4. Les actions de restauration ou de gestion de la nature menées par ou pour le compte du service Milieu Marin peuvent être exemptées de l'obligation de permis, mentionnée au paragraphe 1^{er}, après avis positif de l'UGMM.

§ 5. Le Roi peut fixer les modalités relatives aux dispositions énoncées aux paragraphes 1^{er}, 2 et 4, parmi lesquelles la procédure pour soumettre d'autres activités à l'obligation de permis, la fixation des coûts liés à l'obligation de permis et la procédure pour obtenir un permis ».

15.3. Le délégué indique à juste titre que le projet à l'examen ne règle pas une procédure de transfert d'un permis d'environnement, mais vise uniquement à insérer une référence à la réglementation concernée.

À cet égard, force est cependant de constater tout d'abord que dans la mesure où il peut être admis que l'article 16, § 5, de la loi du 11 décembre 2022 comporte une habilitation suffisamment large à cette fin, aucun arrêté d'exécution n'a encore été pris qui pourvoit à l'exécution de l'article 16 de la loi du 11 décembre 2022. Pour l'heure, les procédures du projet à l'examen et les procédures sur la base de la loi précitée sont dès lors insuffisamment harmonisées ; il convient d'y remédier ³⁷.

15.4. Par ailleurs, il convient de rappeler que des règles particulières, comme celles qui concernent un transfert de permis, ne peuvent porter atteinte aux obligations internationales et supranationales, notamment à celles concernant l'évaluation préalable des effets sur l'environnement ³⁸. À cet égard, le délégué a été invité à préciser comment le régime dans lequel un permis d'environnement a déjà été demandé dans une phase antérieure peut se concilier avec le régime dans lequel – compte tenu de la qualification de concession domaniale – l'intention n'est pas de prévoir trop d'exigences techniques sur les installations de production d'énergie offshore dans les documents de concession. Le délégué a répondu ce qui suit :

« Overeenkomstig artikel 6/3 van de elektriciteitswet kan slechts een domeinconcessie voor de bouw en exploitatie van offshore energie productie-installaties worden toegekend na de organisatie van een concurrerende inschrijvingsprocedure. Bovendien schrijft voornoemd artikel 6/3 voor dat de regels van die concurrerende inschrijvingsprocedure ervoor moeten zorgen dat de keuze voor de winnende inschrijver die de meest gunstige inschrijving heeft ingediend gelijktijdig zal gebeuren met de toekenning van de vergunningen en machtigingen vereist krachtens de wet van 13 juni 1969 inzake de exploratie en de exploitatie van niet -levende rijkdommen van de territoriale zee en het continentaal plat en de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

Met andere woorden is men slechts gerechtigd tot de bouw en exploitatie van dergelijke offshore energie productie-installatie (1) na het winnen van een concurrerende inschrijvingsprocedure en (2) ingevolge daarvan na de (gelijktijdige) verkrijging van een domeinconcessie, kabelvergunning en milieuvergunning (geïntegreerd vergunningsproces). De indiening van een bieding in de concurrerende inschrijvingsprocedure vergt steeds ook de indiening van een aanvraag voor de 3 voornoemde vergunningen overeenkomstig artikel 6 van het voorliggende ontwerp besluit.

Indien een marktdeelnemer zelf een milieuvergunning zou aanvragen buiten de concurrerende inschrijvingsprocedure om, dan zou die slechts in werking treden (conform artikel 41, §2 laatste lid KB van 7 september 2003) voor zover eveneens een domeinconcessie zou zijn verkregen waarbij die laatste echter slechts verkregen kan worden na het winnen van een concurrerende inschrijvingsprocedure.

Teneinde een maximale vrijheidsgraad te laten voor de toekomstige concessiehouder werd in de aanvraag voor een milieuvergunning een zo ruim mogelijk voorwerp van het toekomstige project voorzien. In dat opzicht kan verwezen worden naar de momenteel lopende publieke consultatie georganiseerd door de milieu autoriteiten met betrekking tot de door de FOD Economie ingediende milieu vergunningsaanvraag (en verrichte milieu effectenrapport en passende beoordeling). In voornoemde rapporten werd er net geopteerd voor de beschrijving van de milieueffecten voor meerdere alternatieven

³⁷ Comparer avec l'avis C.E. 64.986/1, observation 10.

³⁸ Comparer avec l'avis C.E. 64.986/1, observation 10.

(scenario's) per kavel en gewerkt met een bandbreedtebenadering wat betreft het aantal installaties, individueel vermogen en technische specificaties (o.a. hoogte, enz.) omwille van de steeds evoluerende markt. Hierdoor kan de volledige range aan milieueffecten ten gevolge van toekomstige offshore energie productie-installaties en inter-array bekabeling binnen de PEZ in beeld gebracht worden. Het laat ook toe dat de uiteindelijke afmetingen van de gekozen installaties kunnen worden gekozen binnen deze beschreven ranges en types. De voorgestelde scenario's benaderen immers steeds de worst-case voor een bepaald effect (naar maximum aantal, of maximale dimensies), en dekken op die manier ook situaties af met kleinere of minder aantal installaties af, en dus kleinere milieueffecten. Zie ook volgende link:

https://odnature.naturalsciences.be/mumm/nl/blog_news/post_2846 ».

L'article 19 de la loi du 11 décembre 2022 s'énonce comme suit :

« § 1^{er}. Le demandeur d'un permis, conformément à l'article 16, doit établir un rapport d'incidences environnementales qui comprend au moins les informations suivantes :

1° une description du projet comportant des informations relatives au site, à la conception, aux dimensions et aux autres caractéristiques pertinentes du projet;

2° une description des incidences notables probables du projet sur l'environnement;

3° une description des caractéristiques du projet ou des mesures envisagées pour éviter, prévenir ou réduire les effets négatifs significatifs probables sur l'environnement et, si possible, pour les compenser;

4° une description des alternatives raisonnables qui ont été examinées par l'initiateur, et qui sont pertinentes pour le projet, ainsi que ses caractéristiques spécifiques, avec indication des principales raisons du choix effectué, eu égard aux incidences du projet sur l'environnement;

5° un résumé non technique des données visées aux 1° à 4°;

6° toute information supplémentaire importante au niveau des caractéristiques spécifiques d'un projet ou d'un type de projet donné et des aspects environnementaux susceptibles d'être affectés.

§ 2. Lorsque des activités différentes ayant la même nature, font l'objet de permis distincts, l'UGMM peut donner l'autorisation au demandeur de n'établir qu'un seul rapport d'incidences sur l'environnement intégré ».

Le Conseil d'État, section de législation, ne dispose pas d'une vue d'ensemble et n'a pas connaissance de l'évaluation des incidences sur l'environnement en cours. En particulier, on n'aperçoit pas clairement si les hypothèses utilisées par l'administration dans sa demande se concilient étroitement avec les choix qui doivent encore être opérés par les soumissionnaires gagnants pour permettre, déjà à ce stade, une évaluation des incidences sur l'environnement efficace des projets. Les dispositions de transfert ne peuvent, en tout état de cause, produire des effets que dans la mesure où il est aussi satisfait aux conditions de l'article 19 de la loi du 11 décembre 2022.

15.5. Enfin, dès lors que les articles 6 et 34 du projet ne mentionnent qu'un transfert de permis et d'autorisations requis par ou en vertu de la loi du 11 décembre 2022, cela donne à penser qu'il serait interdit aux soumissionnaires d'introduire eux-mêmes une demande sur le fondement de la loi du 11 décembre 2022. Étant donné qu'il ne semble pas y avoir de fondement juridique

pour exclure cette possibilité et que l'intention des auteurs du projet ne semble pas non plus d'imposer une telle interdiction, ainsi qu'il ressort de l'explication du délégué citée ci-dessus dans l'observation 15.4, cette hypothèse devra encore être insérée dans les dispositions précitées du projet.

Articles 7, 8, 11, 41, 48 et 58

16. Un certain nombre de montants du projet ne sont pas complétés (on peut par exemple viser le membre de phrase « [*] euros par mégawatt »). Tel est notamment le cas des articles 7, alinéa 1^{er}, 2°, 41, § 4, et 48, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet. Au sujet des montants non complétés, le délégué a fourni les explications suivantes :

« Er wordt op gewezen dat het voorliggende ontwerp koninklijk besluit alle essentiële principes bevat aangaande de strike price en de ontmanteling, waarbij louter een technisch element nog dient te worden ingevuld. Vanuit technisch oogpunt is momenteel nog een strike price studie en studie inzake ontmanteling lopende waarvan de resultaten beoogd worden te worden ingevoegd in dit ontwerp koninklijk besluit. In dat opzicht wordt verwezen naar bijgevoegde beslissing van de ministerraad van 14 december 2023 waarin de minister van energie wordt belast met volgende opdrachten in dat verband:

‘Verzoekt de minister van Energie om de resultaten van de studie naar het maximumbedrag voor de netto-betalingen vanwege de overheid aan de concessiehouder voor te stellen vóór tweede lezing van het KB Tender.’

‘Verzoekt de minister van Energie om de resultaten van de studie naar de maximale strike price en de studie naar de ontmantelingsprovisie te integreren in voorliggend Koninklijk Besluit en dit in tweede lezing voor te leggen aan Ministerraad;’

Indien de Raad van State dat zou aanbevelen, zou nog overwogen kunnen worden om voormelde nog in te vullen bedragen te vervangen door een machtiging aan de minister na overleg in ministerraad ».

Dans le texte du projet, certains mots sont par ailleurs placés entre crochets, comme aux articles 8, § 4, 11, § 2, alinéa 2, et 58, alinéa 2. À propos du texte placé entre crochets, le délégué a déclaré ce qui suit :

« 'Art. 8. [...]§ 4. De inschrijver voegt bij zijn aanvraag het bewijs dat hij en de personen bedoeld in paragraaf 2 geen veroordeling voor de misdrijven zoals bedoeld in paragraaf 1 hebben opgelopen. Dat bewijs kan, onder meer, geleverd worden door middel van het overmaken van een uittreksel uit het strafregister of een evenwaardig document, dat niet meer dan [een maand] voor het indienen van de aanvraag werd uitgereikt door een gerechtelijke of overheidsinstantie van het land van oorsprong of herkomst.’

Bij nader inzien wordt hierbij voorgesteld om voor te schrijven dat het uittreksel of evenwaardig document niet ouder mag zijn dan drie maand. Dit teneinde een evenwicht te vinden tussen (i) het faciliteren van de evaluatie van recente en zo actueel mogelijke informatie en (ii) een gelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse entiteiten.

‘Art. 58. In geval van ernstige tekortkoming door de concessiehouder aan de verplichtingen verbonden aan de domeinconcessie, kan de intrekking wegens vervallenverklaring van de domeinconcessie worden uitgesproken door de

concessieverlenende overheid, onverminderd de geldboetes die de commissie kan opleggen krachtens de wet van 29 april 1999.

De concessieverlenende overheid richt via aangetekend schrijven een ingebrekestelling aan de concessiehouder, waarin een termijn wordt vastgelegd die niet korter mag zijn dan [vijftig] werkdagen, hetzij om te voldoen aan zijn verplichtingen, hetzij om uitleg te verschaffen.'

Hierbij de bevestiging dat de tekst op dit punt finaal is en dat de vierkante haakjes kunnen worden genegeerd. Er moet worden benadrukt dat bovenstaande bepaling een facultatieve machtiging voorziet tot intrekking van de domeinconcessie. Verder lijkt een termijn van 50 werkdagen redelijk aangezien het gaat om een ernstige tekortkoming ».

Avant tout, il est rappelé à cet égard que les projets qui sont soumis au Conseil d'État, section de législation, doivent en principe être définitifs. Il y aura lieu d'y veiller à l'avenir.

En ce qui concerne la proposition du délégué d'insérer des délégations au ministre permettant à ce dernier de fixer les montants aux articles 7, alinéa 1^{er}, 2^o, 41, § 4, et 48, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, on relèvera qu'une délégation à un ministre peut uniquement porter sur des questions d'ordre accessoire ou de détail. Le montant mentionné à l'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet détermine si un soumissionnaire peut ou non participer à la procédure (les soumissions avec un « strike price » supérieur à ce montant sont en effet définitivement exclues)³⁹. Il semble en tout cas qu'il ne s'agisse pas d'une question d'ordre accessoire ou de détail qui puisse être déléguée au ministre, à moins que le projet ne contienne suffisamment d'éléments sur la base desquels le ministre doit fixer ces montants.

Articles 7 et 27

17. Invité à préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par les « principales » conditions aux articles 7, 7^o, et 27, 14^o, du projet, le délégué a proposé d'omettre chaque fois le mot « principales » dans les dispositions précitées. On peut se rallier à cette manière de procéder.

Articles 9 et 31

18. Le projet renferme des dispositions qui sont contradictoires en ce qui concerne la force obligatoire de l'avis de l'Unité de Gestion du Modèle mathématique de la Mer du Nord et de l'Estuaire de l'Escaut. L'article 9, § 3, du projet dispose que le ministre « peut » exclure un soumissionnaire sur la base de cet avis, tandis que l'article 31, § 2, du projet paraît pour sa part se fonder sur une exclusion automatique.

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

« Er wordt beoogd te voorzien dat een aanvraag onontvankelijk kan verklaard worden indien deze niet in aanmerking zou komen voor de overdracht overeenkomstig de procedure bepaald krachtens de wet mariene milieu van 11 december 2022, met name voor

³⁹ Le rapport au Roi mentionne : « Il fixe un 'strike price' maximum de [...] €/MWh que toutes les demandes doivent respecter. Ce strike price maximum est basé sur une étude réalisée par [...]. Les demandes avec un 'strike price' plus élevé seront considérées comme irrecevables ».

de overdracht en dus verkrijging van de milieuvergunning. In dat opzicht wordt hierbij voorgesteld om artikel 9 §3 en artikel 31, §2 aan te passen als volgt:

‘§ 3. De minister kan een inschrijver uitsluiten in geval de aanvraag niet in aanmerking komt voor de overdracht bedoeld in artikel 6, 2° op basis van de informatie bedoeld in artikel 7, eerste lid, 8° en ~~het advies bedoeld in~~ onverminderd artikel 31, § 2.’

‘§ 2. Alleen volledige aanvragen die volgens de minister van mariene milieu en diens administratie in aanmerking komen voor de overdracht van de milieuvergunning overeenkomstig de procedure bepaald krachtens de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden ~~waarvoor een positief advies werd gegeven door de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee en het Schelde-estuarium, zoals bedoeld in het koninklijk besluit van 29 september 1997 houdende overdracht van de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee en het Schelde-estuarium naar het Koninklijk Belgisch Instituut voor Natuurwetenschappen in het licht van artikel 9, § 3, in samenhang gelezen met artikel 6, 2° en artikel 7, eerste lid, 8°, worden als ontvankelijk beschouwd en getoetst aan de toekenningcriteria bedoeld in artikel 19. Voornoemd advies wordt gegeven binnen vijftien werkdagen te rekenen vanaf de datum van het verzoek vanwege de Algemene Directie Energie.~~’ ».

En principe, on peut se rallier à la modification proposée, sous réserve toutefois de l’observation formulée au point 15.5 sur la possibilité pour les soumissionnaires d’introduire eux-mêmes une demande sur le fondement de la loi du 11 décembre 2022. Dès lors que le ministre est à la tête de son administration, les mots « en diens administratie » semblent superflus.

Article 10

19. Conformément à l’article 10 du projet, le ministre peut exclure un soumissionnaire de la participation à la procédure de mise en concurrence, lorsque le ministre a établi ou qu’il est informé de quelque autre manière que ce soumissionnaire fait l’objet d’une procédure de récupération en cours ou d’un ordre de récupération en suspens d’une mesure d’aide d’État accordée.

À la question de savoir s’il ne faudrait pas exiger au moins une condamnation en première instance ou l’absence de contestation devant une juridiction, puisqu’il peut en effet s’avérer que la décision de récupération était injustifiée ⁴⁰, le délégué a répondu en ces termes :

« In het licht van de Europese staatssteunregels waarbij een terugvorderingsprocedure beoogd wordt ingevolge een beslissing van de Europese Commissie dat eerder verleende steun onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt werd verklaard, wordt volgende aanpassing van artikel 10 voorgesteld:

Art. 10. De minister kan een inschrijver uitsluiten van verdere deelname aan de concurrerende inschrijvingsprocedure, in welk stadium van deze procedure ook, wanneer de minister heeft vastgesteld of anderszins ervan op de hoogte is dat deze inschrijver het

⁴⁰ Comparer avec l’avis C.E. 72.847/1 du 18 janvier 2023 sur un projet devenu l’arrêté du Gouvernement flamand du 3 février 2023 ‘tot toekenning van steun aan ondernemingen voor de compensatie van indirecte emissiekosten’, observation 7.

voorwerp uitmaakt van een procedure op basis van Europees of nationaal recht waarbij toegekende steun wordt teruggevorderd, op basis van een terugvorderingsbesluit bedoeld in artikel 16, van Verordening (EU) 2015/1589 dat uitstaat ten aanzien de begunstigde ingevolge een eerder besluit van de Europese Commissie waarin de steun onrechtmatig en met de interne markt onverenigbaar is verklaard een lopende procedure tot terugvordering of een uitstaand bevel tot terugvordering van toegekende staatssteun ».

On peut se rallier à la proposition de texte du délégué ⁴¹.

Article 17

20. Comme l'a confirmé le délégué, on peut préciser à l'article 17, § 2, alinéa 2, du projet qu'un schéma abrégé des « comptes annuels » est publié.

21. La référence à l'article 17, § 2, alinéa 4, du projet à « La garantie financière visée au paragraphe 1^{er}, point d), » sera remplacée par une référence à « La garantie financière visée au paragraphe 1^{er}, 4^o, ».

Article 18

22. L'article 18 du projet dispose que seules les demandes complètes et recevables seront évaluées au regard des critères d'attribution énoncés dans ce chapitre (c'est-à-dire dans le chapitre 2) et classées en conséquence. Dans un souci de clarté du texte, il faudrait également insérer dans cette disposition une référence aux critères mentionnés à l'article 32, alinéa 3, qui s'appliquent en cas d'un classement à égalité.

Article 21

23. À l'article 21, § 1^{er}, du projet, il semble y avoir un chevauchement partiel entre les différents sous-critères d'attribution b) et d).

À ce propos, le délégué a donné les éclaircissements suivants :

« Een score bij b) heeft geen directe impact op de score bij d), al is het voorwerp van de evaluatie wel gelieerd met elkaar. Bij b) worden punten toegekend aan de hand van het percentage directe burgerparticipatie in de bieding, inclusief het minimum van 1%. Bij d) krijgen de inschrijvers die 1% directe burgerparticipatie behalen automatisch 1 extra punt. De reden hiervoor is dat er een groter gewicht wordt gegeven aan directe burgerparticipatie teneinde dit te bevorderen.

Het criterium onder b) geeft een score op basis van de mate van directe burgerparticipatie, lees: is er meer of minder. Het criterium onder d) geeft een score voor het al dan niet aanwezig zijn van directe burgerparticipatie.

De score onder b) heeft geen impact op de score onder d). Bijvoorbeeld een kandidaat heeft 1.5% directe burgerparticipatie, dan zal hij onder b) 2 punten krijgen en

⁴¹ Par souci de clarté, on omettra la virgule après « artikel 16 ».

onder d) 1 punt. Heeft een kandidaat 3% directe burgerparticipatie, dan zal hij onder b) 3 punten krijgen en onder d) eveneens 1 ».

Les explications précitées du délégué ne semblent pas conformes au texte de l'article 21, § 1^{er}, du projet, qui, entre autres, suppose la possibilité d'une participation citoyenne directe de 0,5 % et attribue des points supplémentaires pour une participation citoyenne directe dépassant respectivement 1 % et 2 % (point b), de sorte que le fait d'avoir une participation citoyenne directe d'au moins 1 % (point d) ne peut pas être considéré comme un critère distinct permettant d'évaluer la présence ou l'absence d'une participation citoyenne directe. La question se pose dès lors de savoir si les deux points ne peuvent pas être intégrés dans un même point, auquel cas les points visés au b) pour une participation citoyenne directe supérieure à 1 % seraient portés de 2 à 3, et les points pour une participation citoyenne directe supérieure à 2 % seraient portés de 3 à 4.

24. Le délégué a fait savoir que la notion de « PME, (...) autorités locales, y compris les municipalités, (...) établissements d'enseignement et (...) associations » (article 21, § 3, f), du projet) doit se comprendre dans le même sens que la mention de celles-ci dans la définition de « communauté d'énergie renouvelable » (article 2, 107°, de la loi sur l'électricité)⁴². Cette précision pourrait être insérée dans le rapport au Roi.

25. L'une des caractéristiques de la participation citoyenne directe est qu'elle est « ouverte et volontaire » et qu'elle est ouverte « à tous les citoyens qui souhaitent assumer une responsabilité à cet égard, sans aucune discrimination fondée sur le sexe, l'origine sociale, la race, l'appartenance politique ou la religion » (article 21, § 3, a), du projet). Le délégué a fait savoir que, dans le cas d'une participation citoyenne indirecte, il ne peut pas non plus être question d'une participation forcée ni, bien entendu, de discrimination sur la base de la race ou de la religion, par exemple. Pour éviter des raisonnements *a contrario*, il est dès lors préférable de généraliser la condition prévue à l'article 21, § 3, a), du projet et d'en faire une caractéristique applicable tant à la participation citoyenne directe qu'à la participation citoyenne indirecte.

26. L'article 21, § 4, du projet appelle les observations suivantes.

Interrogé quant à la portée de l'article 21, § 4, a), du projet, le délégué a déclaré que le membre de phrase (équivoque) « généralement par le biais d'une plateforme en ligne » peut être omis.

Dès lors qu'il ne doit pas nécessairement s'agir d'un prêt subordonné, comme l'a confirmé le délégué, on omettra, dans un souci de sécurité juridique, le mot « (subordonné) » (article 21, § 4, b), du projet).

⁴² Cette disposition transpose l'article 2, 16), de la directive (UE) 2018/2001 du 11 décembre 2018 du Parlement européen et du Conseil 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables'.

Dans un souci d'uniformité du texte, on remplacera les mots « le développeur du projet » par les mots « le soumissionnaire » à l'article 21, § 4, c), du projet.

Article 27

27. À l'article 27, 11°, du projet, la référence au titre 3 doit être remplacée par une référence au titre 2, chapitre 4.

Article 32

28. La disposition énoncée à l'article 32, alinéa 4, du projet (condition relative au respect des règles en matière d'aides d'État) est inadéquate à la lumière des observations formulées au point 6 et doit dès lors être omise.

Article 39

29. Interrogé sur la portée de la notion de « autre législation » (article 39, § 1^{er}, alinéa 3, du projet), le délégué a répondu qu'est visée : toute législation autre que la loi sur l'électricité, la loi du 13 juin 1969 'sur l'exploration et l'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental' et la loi du 11 décembre 2022. Dans un souci de sécurité juridique, cette précision figurera dans le texte de cette disposition.

30. Interrogé sur la portée du segment de phrase « est finalement refusé(e) » (article 39, § 1^{er}, alinéa 3, du projet), le délégué a déclaré :

« Krachtens artikel 39, §1, derde lid vervalt de domeinconcessie enkel wanneer de vereiste vergunningen of machtigingen definitief zijn geweigerd. Wanneer een beroep over weigering van een vergunning of machtiging aanhangig is voor een rechtscollege, is nog geen sprake van een definitieve weigering. Dergelijke definitieve weigering is er pas wanneer er geen georganiseerd administratief beroep openstaat noch hangende is. Derhalve zal tijdens dergelijke procedure voor een rechtscollege de domeinconcessie geschorst zijn ».

Dans un souci de sécurité juridique, cette précision figurera dans le texte de cette disposition.

31. Compte tenu de la teneur de l'article 6/5 de la loi sur l'électricité, le segment de phrase « la connexion visée à l'article 6/5 de la loi du 29 avril 1999 » (article 39, § 2, du projet) sera remplacé par « le point de raccordement visé à l'article 6/5 de la loi du 29 avril 1999 ».

Article 41

32. La délégation destinée à la Direction générale de l'Énergie visée à l'article 41, § 3, avant-dernier alinéa, qui lui permet de réviser la formule d'indexation ne peut se concrétiser que si le projet précise ce qu'il y a lieu d'entendre par « en fonction de l'évolution des techniques ».

Articles 43 et 62

33. Les articles 43, § 1^{er}, 13^o, et 62, § 1^{er}, du projet visent des normes techniques, qui sont soit des normes NBN, soit des normes ISO.

Par le passé, le Conseil d'État a déjà mentionné à plusieurs reprises le problème des normes techniques visées dans la législation et la réglementation qui ne sont pas publiées au Moniteur belge, qui ne sont pas rédigées ni traduites en langue néerlandaise, ni en langue française, ni, si possible, en langue allemande, et qui ne sont en général disponibles que contre une certaine rémunération.⁴³

L'article VIII.2 du Code de droit économique vise à répondre à la problématique de l'absence de publication de normes techniques auxquelles des règles de droit belges font référence. Les prescriptions figurant dans la disposition précitée du Code de droit économique concernant la consultation et la mise à disposition des normes concernées devront évidemment être respectées.

Articles 45 et 46

34. L'article 45 du projet peut être omis, étant donné qu'il ne peut être porté atteinte, par arrêté royal, à une disposition légale et, qu'*a fortiori* la force obligatoire d'une disposition légale ne doit pas être confirmée par arrêté. Les lois visées à l'article 45 peuvent toutefois être insérées dans l'article 46 du projet, en remplacement de la référence à l'article 45 qui figure dans cette disposition.

Article 53

35. À l'article 53, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, on remplacera la référence à l'article 23, § 2, alinéa 5, de la loi sur l'électricité par une référence à l'article 23, § 2, alinéa 4, de la loi précitée.

Article 59

36. Le titulaire d'une concession domaniale peut adresser une demande de renonciation à l'autorité concédante (article 59, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet). Le cas échéant, une indemnité de renonciation est due par le titulaire de la concession domaniale en vue de compenser tous les dommages et coûts supportés par l'État du fait de la renonciation, y compris les coûts liés à la

⁴³ Voir aussi C. JENART, Outsourcing rulemaking powers. Constitutional limits and national safeguards, Oxford University Press, 2022, 291 p.

préparation et à l'organisation d'une nouvelle procédure de mise en concurrence et le manque à gagner potentiel lié au mécanisme de compensation (article 59, § 2, alinéa 1^{er}, du projet). L'application de la disposition de l'article 59, § 2, alinéa 2, du projet peut avoir pour effet que le titulaire de la concession domaniale soit redevable du montant de 70 ou 140 millions d'euros, visé à l'article 17, § 1^{er}, 4^o, du projet, en plus de l'indemnité de renonciation.

À la question de savoir si cette disposition ne peut pas donner lieu à une obligation de paiement d'une indemnisation qui ne serait pas raisonnablement proportionnée au dommage effectivement subi, le délégué a déclaré :

« De financiële garantie bedoeld in artikel 17, §1, 4^o strekt zich ertoe te verzekeren dat de bouw daadwerkelijk en tijdig gerealiseerd wordt. Deze financiële garantie is altijd verschuldigd bij de aanvraag. Deze financiële garantie is forfaitair bepaald en dekt dus niet noodzakelijk alle effectief geleden schade. Bovendien kan een deel van de financiële garantie al opgevraagd worden bij niet naleving van de verplichting bedoeld in artikel 43, §1, 2^o, zoals blijkt uit artikel 43, §1, 2^o, (lees: 43, § 2) waarbij ze dan niet meer kan opgevraagd worden bij de verzaking. De verzakingsvergoeding strekt er derhalve toe te verzekeren dat alle schade en kosten die veroorzaakt zijn door de verzaking gedekt kunnen worden ».

Étant donné que l'indemnité de renonciation est destinée à compenser « tous les dommages et coûts supportés par l'État du fait de la renonciation », l'article 59, § 2, alinéa 2, du projet ne pourra se concrétiser que dans la mesure où cette indemnité concernerait d'autres dommages que ceux visés à l'article 59, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, par exemple parce qu'elle concernerait les coûts sociaux généraux liés à la non-réalisation d'un parc de production crucial pour l'approvisionnement énergétique. Ainsi conçue, il s'agit plutôt d'une sorte de clause pénale. Si cette disposition est maintenue, une justification adéquate devra figurer dans l'exposé des motifs.

Article 74

37. L'article 74, 1^o, entend actualiser la définition de la « garantie d'origine » à l'article 1^{er}, § 2, 1^o, de l'arrêté royal du 30 juillet 2013. Le régime des garanties d'origine peut toutefois être trouvé, après l'abrogation de la directive 2009/28/CE ⁴⁴ 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE', à l'article 19 de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables', de sorte qu'il sera plutôt fait référence à cette disposition.

Article 766

38. Invité à justifier pourquoi l'article 766 (lire : article 76) du projet prévoit une entrée en vigueur le jour de la publication, le délégué a répondu :

⁴⁴ Dans la version néerlandaise de l'article 74, 1^o, on remplacera le segment de phrase « 2009/28/CE » par « 2009/28/EG ».

« Deze bepaling kan inderdaad worden weggelaten zodat de standaardregel inzake de inwerkingtreding van toepassing is ».

On peut se rallier à cette approche.

Article 777

39. L'article 777 du projet est mal numéroté. Cette erreur doit être corrigée.

Observation finale

40. Le projet doit encore être réexaminé en ce qui concerne la concordance entre les versions linguistiques et d'autres imperfections (voir par exemple la discordance entre les textes néerlandais et français de l'article 13, § 2, alinéa 2, du projet)⁴⁵. Le texte du projet mériterait en outre d'être encore soumis à un examen sur le plan linguistique (voir par exemple la mention « de f inschrijven » dans le texte néerlandais de l'article 13, § 1^{er}, 3^o, du projet).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

⁴⁵ Cette disposition vise, dans le texte néerlandais, « het tweede lid » et dans le texte français, le « paragraphe 2 ». Il semble cependant que l'objectif soit de faire référence à l'alinéa 1^{er}.