



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 75.990/16
van 13 mei 2024

avis 75.990/16
du 13 mai 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
'betreffende de instelling van een
vergoedingssysteem ten behoeve van de
titularissen van een domeinconcessie
bedoeld in artikel 6/3 van de wet van
29 april 1999 betreffende de organisatie
van de elektriciteitsmarkt in geval van
vertraging bij de indienstelling, of een
volledige of gedeeltelijke
onbeschikbaarheid van het Modular
Offshore Grid'

un projet d'arrêté royal 'relatif à
l'établissement d'un mécanisme
d'indemnisation au profit des
détenteurs d'une concession domaniale
visée à l'article 6/3 de la loi du
29 avril 1999 relative à l'organisation
du marché de l'électricité en cas de
retard dans la mise en service ou
d'indisponibilité totale ou partielle du
Modular Offshore Grid'

Op 26 maart 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 13 mei 2024, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de instelling van een vergoedingssysteem ten behoeve van de titularissen van een domeinconcessie bedoeld in artikel 6/3 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in geval van vertraging bij de indienstelling, of een volledige of gedeeltelijke onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 30 april 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wvd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Eline YOSHIMI, 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 13 mei 2024.

*

Le 26 mars 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 13 mai 2024, sur un projet d'arrêté royal ‘relatif à l'établissement d'un mécanisme d'indemnisation au profit des détenteurs d'une concession domaniale visée à l'article 6/3 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en cas de retard dans la mise en service ou d'indisponibilité totale ou partielle du Modular Offshore Grid’.

Le projet a été examiné par la seizième chambre le 30 avril 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Eline YOSHIMI, 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 13 mai 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 tot het instellen van een schadevergoedingsregeling ten behoeve van de titularissen van een domeinconcessie bedoeld in artikel 6/3 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) in geval van vertraging bij de indienstelling, of een volledige of gedeeltelijke onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid.¹ Het ontwerp voorziet in een regeling waarbij de concessiehouders de keuze krijgen tussen een systeem van objectieve aansprakelijkheid (met lagere schadevergoeding, ongeacht de oorzaak van de vertraging van de indienstelling of van de onbeschikbaarheid) en een systeem van foutaansprakelijkheid (met vergoeding van alle schade, maar geen vergoeding bij overmacht).

RECHTSGROND

3. Voor het ontworpen besluit wordt rechtsgrond gezocht in de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 6/5, § 3, van de Elektriciteitswet. Die laatst vermelde bepaling luidt:

“§ 3. Bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de commissie, zal de Koning een vergoedingssysteem instellen ten behoeve van de betrokken titularissen van een domeinconcessie bedoeld in artikel 6/3, ingeval de uitbreiding van het Modular Offshore Grid bedoeld in artikel 2, 7^o ter, f), geheel of gedeeltelijk niet in dienst zou gesteld zijn op de datum bepaald krachtens paragraaf 2, of ingeval van een volledige of gedeeltelijke onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid na de indienstelling ervan.”

Artikel 6/5, § 3, van de Elektriciteitswet biedt in beginsel rechtsgrond voor het ontwerp, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt uiteengezet in opmerkingen 3.1 en 3.2. De omstandigheid dat daarbij aan de concessiehouders de keuze wordt gelaten tussen twee varianten van een vergoedingstelsel (artikel 5, eerste lid, van het ontwerp), zodat er dus eigenlijk twee vergoedingssystemen zijn, is niet in strijd met de machtiging aan de Koning om “een vergoedingssysteem” in te stellen.²

¹ Het Modular Offshore Grid is de kabels en installaties voor de transmissie van elektriciteit in de zeegebieden waarin België zijn rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht (zie artikel 2, 7^o ter, van de Elektriciteitswet).

² Vergelijk adv.RvS 64.445/3 van 30 november 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot 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’, opmerking 3.2.

3.1. Voor de regeling inzake het overmaken van de geactualiseerde stand van zaken over de realisatie van de uitbreiding van het Modular Offshore Grid (artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp), de verdeling van de restcapaciteit bij gedeeltelijke onbeschikbaarheid (artikel 4, § 1, vijfde lid) en de mogelijkheid tot het aanstellen van een deskundige (artikel 9, § 2) wordt rechtsgrond geboden door de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, gelezen in samenhang met artikel 6/5, §§ 1 en 3, van de Elektriciteitswet.

3.2. Artikel 4, § 3, van het ontwerp regelt de situatie waarbij de onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid het gevolg is van een fout van de (lees: een)³ concessiehouder. In geval van een zware of opzettelijke fout vordert de netbeheerder bij deze concessiehouder de bedragen terug die hij als vergoeding aan de andere concessiehouders moest betalen, met toepassing van een plafond van 2,5 miljoen euro ingeval van een zware fout per feit dat de onbeschikbaarheid heeft veroorzaakt en 5 miljoen euro per jaar. In geval van een gewone fout is deze terugvordering uitgesloten.

Artikel 6/5, § 3, van de Elektriciteitswet machtigt de Koning enkel tot het vaststellen van “een vergoedingssysteem (...) ten behoeve van de betrokken titularissen van een domeinconcessie”. Gevraagd om de rechtsgrond voor deze bepaling nader te duiden, stelde de gemachtigde:

“Voor zover de voorgestelde regeling voorziet in uitzonderingen op de schadeloosstelling van concessiehouders in bepaalde omstandigheden, vindt zij haar rechtsgrondslag in artikel 6/5, § 3 (...). Deze bepaling draagt de Koning op om ‘een vergoedingssysteem instellen ten behoeve van de betrokken titularissen van een domeinconcessie’. Dit betekent echter niet dat de Koning in alle omstandigheden moet voorzien in de schadeloosstelling van de concessiehouders: De Koning heeft de wettelijk opdracht om te bepalen in welke omstandigheden de concessiehouders schadeloos moeten worden gesteld en, omgekeerd, in welke omstandigheden dit niet het geval mag zijn.

Voor zover de voorgestelde regeling de concessiehouders verplicht om de netbeheerder te compenseren, heeft zij geen wettelijke grondslag in artikel 6/5 van de wet. De wettelijke basis is hier artikel 108 van de Grondwet.”

Rekening houdend met de opmerking in het advies 64.445/3 van 30 november 2018 over een vergelijkbare machtiging in artikel 6/2 van de Elektriciteitswet,⁴ kan met deze argumentatie worden ingestemd. Voor de mogelijkheid die wordt gecreëerd bij artikel 4, § 3, van het ontwerp voor de netbeheerder om deze schadevergoeding (met toepassing van bepaalde plafonds) te verhalen op de houder van een domeinconcessie, kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, gelezen in samenhang met artikel 6/5, § 5, van de Elektriciteitswet.⁵

³ Wat moet worden verbeterd in de tekst van artikel 4, § 3, van het ontwerp.

⁴ Adv.RvS 64.445/3 van 30 november 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot 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’, opmerking 3.2.

⁵ Vergelijk *ibidem*. Artikel 6/2, § 2, van de Elektriciteitswet vertoont inhoudelijke gelijkenissen met artikel 6/5, § 5, van de Elektriciteitswet.

3.3. Tot slot dient er nog op te worden gewezen dat overeenkomstig artikel 6/5, § 4, van de Elektriciteitswet de bepalingen van het te nemen besluit zullen moeten worden bekrachtigd door de wetgever binnen twaalf maanden na de inwerkingtreding van dat besluit.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

4. Bij het voorontwerp van wet dat strekte tot de invoeging van het met artikel 6/5 van de Elektriciteitswet vergelijkbare artikel 6/2 van de Elektriciteitswet maakte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende voorbehoud met betrekking tot staatssteun:⁶

“3. De regeling vervat in artikel 3 van het ontwerp vertoont kenmerken van een staatssteunregeling.

3.1. De regeling voorziet in de eerste plaats in een vergoeding van de domeinconcessiehouders ingeval het MOG onbeschikbaar is. Een dergelijke onbeschikbaarheid kan belangrijke schade veroorzaken voor de betrokken domeinconcessiehouders. Die schade is echter niet noodzakelijk toe te rekenen aan de overheid en reflecteert tot op zekere hoogte ook het economische risico, dat bij een concessie logischerwijze moet overgaan op de concessiehouders. De ontworpen vergoedingregeling, gefinancierd met overheidsmiddelen,⁷ kent bijgevolg een voordeel toe aan specifieke ondernemingen.⁸ Gelet op het gegeven dat de elektriciteit geproduceerd door de offshore windmolenparken wordt geïnjecteerd in een transmissiesysteem met grensoverschrijdende connecties, kan dit de mededinging op de gemeenschappelijke elektriciteitsmarkt verstoren en dus ook een impact hebben op de interstatelijke handel. Het gaat dan ook om potentiële staatssteun.

3.2. De maatregel kan ook worden gezien als een vorm van staatssteun in hoofde van de netbeheerder. Onder normale omstandigheden zou het economische risico, en de bijhorende aansprakelijkheid, voor de onbeschikbaarheid van het MOG moeten liggen bij de beheerder ervan, die overeenkomstig artikel 12 van de Elektriciteitswet vergoed wordt voor het beheer en het onderhoud van, en de investeringen in, het transmissienet, inclusief het MOG. Het voorliggende ontwerp strekt tot het gedeeltelijk overnemen van dat risico.

Er wordt weliswaar bepaald dat de Koning kan vastleggen in welke mate het financieringsmechanisme van toepassing is bij zware of opzettelijke fout van de netbeheerder, en dat in dat geval de vergoeding proportioneel zal worden berekend op grond van de jaarlijkse vergoeding die de transmissienetbeheerder van het MOG geniet. Niettemin

⁶ Artikel 6/5 van de Elektriciteitswet werd ingevoegd door de wet 12 mei 2019 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt met het 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’. Het wetsvoorstel dat later de wet van 12 mei 2019 is geworden, werd niet om advies voorgelegd aan de afdeling Wetgeving.

⁷ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Een verplichte toeslag op de tarieven, ook als die ten laste van de afnemers van de netbeheerders valt, kan aan de overheid worden toegerekend, zodat het steunmechanisme te beschouwen is als een maatregel die met staatsmiddelen wordt bekostigd (zie in die zin Ger. 10 mei 2016, T-47/15, Duitsland/Commissie, punten 34-42). Ook de tweede optie bepaald in het ontworpen artikel 6/2, § 2, van de Elektriciteitswet, namelijk “een heffing op het geheel of objectief bepaalde categorieën van energieverbruikers of marktoperatoren”, is een belasting, zodat ook in die hypothese de financiering met overheidsmiddelen gebeurt.

⁸ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Een vergelijkbaar mechanisme bestaat niet voor van de onshore producenten van energie, ook al kan ook het onshore transmissienet geheel of gedeeltelijk onbeschikbaar zijn.

impliceert dit dat bij elke andere reden voor de onbeschikbaarheid, het risico volledig overgaat op de Staat, en dat zelfs bij zware of opzettelijke fout een zekere mate van overheidstussenkomst niet is uitgesloten. Op die manier wordt een staatsgarantie toegekend aan de beheerder van het transmissienet, zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. Daaruit volgt dat aan een specifieke onderneming, de netbeheerder van het MOG, een voordeel wordt toegekend dat met staatsmiddelen wordt gefinancierd.

3.3. Gelet op wat voorafgaat moet het ontwerp worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), tenzij de stellers van het ontwerp zich op een vrijstellingsregeling zouden kunnen beroepen.”⁹

Gevraagd of, rekening houdend met het voormelde advies, er nog een aanmelding bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zal gebeuren, stelde de gemachtigde:

“Voorafgaand aan de ondertekening 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, hebben de diensten van de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat met betrekking tot voornoemd besluit geen staatssteun aanmelding vereist was. In dat opzicht wordt verwezen naar de bijgevoegde e-mail van 28 september 2018. Niettemin is het de intentie om in het kader van het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit opnieuw dergelijke bevestiging te vragen aan de Europese Commissie dat geen staatssteunaanmelding vereist is in het licht van artikel 108, lid 3 VWEU. (...)”

Het verdient in elk geval aanbeveling om, zoals de gemachtigde stelt, contact op te nemen met de bevoegde diensten van de Europese Commissie en in functie van het antwoord desgevallend alsnog aan te melden indien de Europese Commissie een ander standpunt zou innemen dan in het jaar 2018.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. In het ontwerp wordt meermaals verwezen naar het nog te nemen 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’, over het ontwerp waarvan de Raad van State op 3 mei 2024 advies 75.981/16 heeft gegeven. De stellers van het ontwerp zullen erover moeten waken dat het te nemen besluit op dezelfde datum of een latere datum wordt genomen.

⁹ Adv.RvS 60.379/3 van 9 december 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 juli 2017 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, met het oog op het instellen van een wettelijk kader voor het Modular Offshore Grid’, opmerking 3.

Daarbij zal er ook over moeten worden gewaakt om in beide koninklijke besluiten een eenvormige terminologie te hanteren. Zo dient het begrip “lot” (in de Nederlandse en Franse tekst van het ontwerp) te worden vervangen door het begrip “kavel” in de Nederlandse tekst en het begrip “parcelle” in de Franse tekst.

Tevens zullen de stellers van het ontwerp de juistheid van alle verwijzingen naar het voornoemd koninklijk besluit moeten verifiëren. Zo maakt artikel 3, § 1, tweede lid, van het ontwerp melding van “de Strike price, bepaald in artikel 41 van het koninklijk besluit van [...]”, terwijl dient te worden verwezen naar artikel 44.

6. Soms staat een deel van de tekst tussen vierkante haakjes (zie bijvoorbeeld de artikelen 2, § 2, tweede lid, en 6, eerste lid, van het ontwerp). Er wordt in dit verband aan herinnerd dat ontwerpen die worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, in beginsel definitief moeten zijn. Uit de toelichting van de gemachtigde kan begrepen worden dat dit het geval is en dat de haakjes zullen weggelaten worden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. 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 6/5, § 1 en 5, van de Elektriciteitswet.

Artikel 2

8. In artikel 2, § 2, tweede lid, van ontwerp ontbreekt een stuk tekst (de zin begint met “besluit van [...] (...)). De gemachtigde deelde het volgende mee over de ontbrekende tekst:

“Volgende woorden zijn weggevallen door te scannen:

‘Vanaf de vierentwintigste maand na [de publicatie van het in artikel 38 van het koninklijk’

‘A compter du vingt-quatrième mois suivant [la publication au Journal Officiel de l’Union’.”

De tekst dient te worden aangevuld (met weglating van de vierkante haakjes).¹⁰

¹⁰ Zie ook opmerking 6.

Artikelen 2 en 4

9. De gemachtigde deelde mee dat de verwijzing in artikel 4, § 2, 2°, van het ontwerp naar “de onderdelen vermeld in artikel 2, § 2, eerste lid” samenvalt met het begrip “infrastructuur” in de zin van het voormeld artikel 2, § 2, eerste lid. De tekst dient eenvormig te worden gemaakt.

Artikel 3

10. Gelet op hetgeen bepaald is in artikel 2, eerste lid, van het ontwerp, dient in de Nederlandse tekst van artikel 3, § 2, steeds op eenvormige wijze het begrip “mechanische voltooiing” (en niet “mechanische afwerking”) te worden gehanteerd.

Artikel 4

11. In het hogervermelde advies 64.445/3 van 30 november 2018 maakte de afdeling Wetgeving de volgende opmerking:

“8. De in het ontworpen artikel 14/4, § 4, vervatte beperking van het regresrecht tot enkel de zware of opzettelijke fout van de houder van een domeinconcessie die de onbeschikbaarheid van het MOG heeft veroorzaakt (samen met de toepassing van bepaalde plafonds), moet kunnen worden verantwoord vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel. Er ligt daarmee immers een verschillende behandeling voor, zowel tussen onshore en offshore energieproducenten, als tussen domeinconcessiehouders en andere schadeverwekkers (zoals bijvoorbeeld een vissersschip of een baggeraar die door een fout kabels raken en zo de onbeschikbaarheid van het MOG veroorzaken).

Er moet eveneens kunnen worden verantwoord in welke mate de beperking van dit regresrecht niet op onevenredige wijze afbreuk doet aan het eigendomsrecht en aan de vrijheid van ondernemen van de beheerder van het MOG, aangezien die beheerder objectief aansprakelijk wordt gesteld terwijl zijn regresrecht wordt beperkt.”

Een analoge opmerking geldt voor de beperking van het regresrecht van de netbeheerder die is opgenomen in artikel 4, § 3, van het ontwerp.

Artikelen 4 en 5

12. Om verdere toelichting verzocht over de draagwijdte van de vergoedingsregeling in artikel 4, § 1, vierde lid, van het ontwerp, stelde de gemachtigde:

“Artikel 4, § 1, vierde lid, van de ontwerp-regelgeving luidt als volgt: ‘In afwijking van het tweede lid komt de vergoeding, wanneer de onbeschikbaarheid van de installaties bedoeld in artikel 2, §2, wordt veroorzaakt door een opzettelijke fout van de netbeheerder overeen met 100 % van de Strike price_y of 100% van de elektriciteitsreferentieprijs verminderd met de correctiefactor.’

De twee voorgaande leden voorzien in vergoedingsmechanismen (behalve in gevallen van opzettelijke fout), die afhankelijk zijn van het moment waarop de MOG onbeschikbaar wordt (voor of na het einde van het ondersteuningsmechanisme).

Lid 4 verwijst naar deze twee mechanismen: als de onbeschikbaarheid van de MOG het gevolg is van een opzettelijke fout en zich voordoet vóór het einde van het ondersteuningsmechanisme, is de vergoeding gelijk aan 100% van de uitoefenprijs minus de correctiefactor, terwijl als de onbeschikbaarheid zich voordoet na het einde van het ondersteuningsmechanisme, de vergoeding gelijk is aan 100% van de referentieprijs voor elektriciteit minus de correctiefactor.

Voor meer duidelijkheid moet artikel 4, § 1, vierde lid, als volgt worden aangepast (onderstreping toegevoegd):

“In afwijking van het tweede en derde lid komt de vergoeding, wanneer de onbeschikbaarheid van de installaties bedoeld in artikel 2, §2, wordt veroorzaakt door een opzettelijke fout van de netbeheerder overeen met 100 % van de Strike price_y of 100% van de elektriciteitsreferentieprijs verminderd met de correctiefactor.”

Met deze voorgestelde aanpassing van artikel 4, § 1, vierde lid, van het ontwerp kan worden ingestemd, althans indien bijkomend ook het door de gemachtigde toegelichte belang van het tijdsverloop van het ondersteuningsmechanisme in de tekst wordt verduidelijkt.

In het licht van het voorgaande zal voorts in artikel 5, eerste lid, van het ontwerp de (foutieve) verwijzing naar “de artikelen 3, eerste paragraaf, tweede lid, en 5, eerste paragraaf, tweede lid,” moeten worden vervangen door een verwijzing naar “de artikelen 3, eerste paragraaf, tweede lid, en 4, eerste paragraaf, tweede en derde lid,”.

Artikel 5

13. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 5, eerste lid, van het ontwerp ontbreekt het equivalent van de woorden “dans le cas de retard dans la mise en service”. Ook in de Nederlandse tekst moet het geval van de vertraging bij de indienstelling worden vermeld.

14. In de Franse tekst van artikel 5, tweede lid, van het ontwerp dient, net zoals in de Nederlandse tekst, te worden verwezen naar artikel 3, § 2, en artikel 4, § 3, van het ontwerp, en dus niet naar artikel 3, § 2, en (het onbestaande) artikel 5, § 3, van het ontwerp.

15. Aangezien de gemachtigde meedeelde dat het begrip “overmacht” in het tweede lid van artikel 5 van het ontwerp dient begrepen te worden in de zin van artikel 5.226 van het Burgerlijk Wetboek, hoeft dit begrip niet nader te worden omschreven in het ontwerp. Met het oog op de rechtszekerheid zou wel nuttig kunnen worden verduidelijkt dat (zoals de gemachtigde eveneens bevestigde) de netbeheerder de bewijslast draagt van het bestaan van overmacht, hetgeen ook werd voorgesteld door de CREG.¹¹

¹¹ CREG, Voorstel (C)2746 7 maart 2024 van koninklijk besluit betreffende de instelling van een vergoedingssysteem ten behoeve van de titularissen van een domeinconcessie bedoeld in artikel 6/3 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in geval van vertraging bij de indienstelling, of een volledige of gedeeltelijke onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid, 8.

Artikel 8

16. Tussen de zinsnede “op de 10^e” en de zinsnede “van de maand” (artikel 8, eerste en tweede lid, van het ontwerp) dient telkens een woord te worden ingevoegd (bijvoorbeeld “dag” of “werkdag”).

Artikel 11

17. In de Nederlandse tekst van het ontwerp mag het woord “Commissie” niet met een hoofdletter worden geschreven, gelet op de definitie van “commissie” in artikel 2, 26°, van de Elektriciteitswet.

Artikel 12

18. Met het oog op de overeenstemming tussen de taalversies dient het woord “mail” in de Nederlandse tekst van het ontwerp te worden vervangen door het woord “e-mail”.¹²

*

¹² Volgens het Van Dale woordenboek kan het begrip “mail” immers ook worden begrepen als “post”, waardoor beter het begrip “e-mail” kan worden vermeld als equivalent voor het Franse begrip “courrier électronique”.

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

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de mettre en place un régime d'indemnisation au profit des titulaires d'une concession domaniale visée à l'article 6/3 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité) en cas de retard dans la mise en service ou d'indisponibilité totale ou partielle du Modular Offshore Grid ¹. Le projet prévoit un régime qui permet aux titulaires d'une concession de choisir entre un système de responsabilité objective (avec une indemnisation moins élevée, quelle que soit la cause du retard de la mise en service ou de l'indisponibilité) et un système de responsabilité pour faute (avec indemnisation de tous les dégâts, mais pas d'indemnisation en cas de force majeure).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'arrêté en projet cherche un fondement juridique dans le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution, combiné avec l'article 6/5, § 3, de la loi sur l'électricité. Cette disposition citée en dernier s'énonce comme suit :

« § 3. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition de la commission, le Roi met en place un dispositif d'indemnisation au profit des titulaires concernés d'une concession domaniale visée à l'article 6/3, au cas où tout ou partie de l'extension du Modular Offshore Grid visé à l'article 2, 7^o ter, f), ne serait pas en service à la date déterminée en vertu du paragraphe 2, ou en cas d'indisponibilité totale ou partielle du Modular Offshore Grid après sa mise en service ».

L'article 6/5, § 3, de la loi sur l'électricité procure en principe un fondement juridique au projet, sous réserve des observations formulées ci-après aux points 3.1 et 3.2. Le fait que les titulaires de concession ont le choix entre deux variantes d'un régime d'indemnisation (article 5, alinéa 1^{er}, du projet), de sorte qu'il existe donc en réalité deux systèmes d'indemnisation, n'est pas contraire à l'habilitation conférée Roi de mettre en place « un dispositif d'indemnisation » ².

3.1. Le régime relatif à la transmission de l'état d'avancement actualisé de la réalisation de l'extension du Modular Offshore Grid (article 2, § 2, alinéa 2, du projet), la répartition des

¹ Il y a lieu d'entendre par Modular Offshore Grid les câbles et les installations pour la transmission d'électricité dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit maritime international (voir l'article 2, 7^o ter, de la loi sur l'électricité).

² Comparer avec l'avis C.E. 64.445/3 du 30 novembre 2018 sur un projet devenu 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', observation 3.2.

capacités restantes en cas d'indisponibilité partielle (article 4, § 1^{er}, alinéa 5) et la possibilité de désigner un expert (article 9, § 2), trouvent leur fondement juridique dans le pouvoir général d'exécution du Roi, combiné avec l'article 6/5, §§ 1^{er} et 3, de la loi sur l'électricité.

3.2. L'article 4, § 3, du projet règle la situation dans laquelle l'indisponibilité du Modular Offshore Grid résulte d'une faute du (lire : d'un)³ concessionnaire. En cas de faute lourde ou intentionnelle, le gestionnaire du réseau récupère auprès de ce concessionnaire les montants qu'il a dû payer à titre d'indemnisation aux autres concessionnaires, avec application en cas de faute lourde d'un plafond de 2,5 millions d'euros par fait générateur de l'indisponibilité et de 5 millions d'euros par an. En cas de faute simple, cette récupération est exclue.

L'article 6/5, § 3, de la loi sur l'électricité habilite le Roi uniquement à mettre en place « un dispositif d'indemnisation au profit des titulaires concernés d'une concession domaniale ». Invité à préciser plus avant le fondement juridique de cette disposition, le délégué a déclaré :

« Voor zover de voorgestelde regeling voorziet in uitzonderingen op de schadeloosstelling van concessiehouders in bepaalde omstandigheden, vindt zij haar rechtsgrondslag in artikel 6/5, § 3 (...). Deze bepaling draagt de Koning op om 'een vergoedingssysteem instellen ten behoeve van de betrokken titularissen van een domeinconcessie'. Dit betekent echter niet dat de Koning in alle omstandigheden moet voorzien in de schadeloosstelling van de concessiehouders: De Koning heeft de wettelijk opdracht om te bepalen in welke omstandigheden de concessiehouders schadeloos moeten worden gesteld en, omgekeerd, in welke omstandigheden dit niet het geval mag zijn.

Voor zover de voorgestelde regeling de concessiehouders verplicht om de netbeheerder te compenseren, heeft zij geen wettelijke grondslag in artikel 6/5 van de wet. De wettelijke basis is hier artikel 108 van de Grondwet ».

Compte tenu de l'observation formulée dans l'avis 64.445/3 du 30 novembre 2018 à propos d'une habilitation comparable inscrite dans l'article 6/2 de la loi sur l'électricité⁴, on peut se rallier à cette argumentation. En ce qui concerne la possibilité que l'article 4, § 3, du projet offre au gestionnaire du réseau de récupérer cette indemnisation (par l'application de certains plafonds) auprès du titulaire d'une concession domaniale, on peut se fonder sur le pouvoir général d'exécution du Roi, combiné avec l'article 6/5, § 5, de la loi sur l'électricité⁵.

3.3. Enfin, on relèvera encore que conformément à l'article 6/5, § 4, de la loi sur l'électricité, les dispositions de l'arrêté envisagé devront être confirmées par le législateur dans les douze mois de l'entrée en vigueur de cet arrêté.

³ Ce qu'il convient de corriger dans le texte de l'article 4, § 3, du projet.

⁴ Avis C.E. 64.445/3V du 30 novembre 2018 sur un projet devenu 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', observation 3.2.

⁵ Comparer *ibidem*. L'article 6/2, § 2, de la loi sur l'électricité présente des similitudes sur le fond avec l'article 6/5, § 5, de la même loi.

FORMALITÉS PRÉALABLES

4. En ce qui concerne l'avant-projet de loi qui visait à insérer l'article 6/2 de la loi sur l'électricité, comparable à l'article 6/5 de la même loi, le Conseil d'État, section de législation, a émis les réserves suivantes concernant les aides d'État : ⁶

« 3. Le régime prévu à l'article 3 du projet présente des caractéristiques d'un régime d'aide d'État.

3.1. Le régime prévoit tout d'abord une indemnisation des titulaires d'une concession domaniale en cas d'indisponibilité du MGO. Une telle indisponibilité peut engendrer des dommages importants pour les titulaires d'une concession domaniale concernés. Ces dommages ne sont cependant pas nécessairement imputables à l'autorité et reflètent aussi, dans une certaine mesure, le risque économique, qui pour une concession doit logiquement être reporté sur ses titulaires. Le régime d'indemnisation en projet, financé au moyen de ressources d'État ⁷, accorde par conséquent un avantage à des entreprises spécifiques ⁸. Étant donné que l'électricité produite par les parcs éoliens offshore est injectée dans un réseau de transport disposant de connexions transfrontalières, il peut en résulter des distorsions de concurrence sur le marché communautaire de l'électricité et donc également un impact sur le commerce interétatique. Il s'agit dès lors d'une aide d'État potentielle.

3.2. La mesure peut également être perçue comme une forme d'aide d'État dans le chef du gestionnaire de réseau. Dans des circonstances normales, le risque économique, et la responsabilité y afférente, résultant de l'indisponibilité du MOG, devraient reposer sur le gestionnaire de celui-ci, qui conformément à l'article 12 de la loi sur l'électricité est indemnisé pour la gestion et l'entretien du réseau de transport ainsi que pour les investissements réalisés dans celui-ci, y compris le MOG. Le projet à l'examen porte sur la reprise partielle de ce risque.

Certes, il est prévu que le Roi peut déterminer dans quelle mesure le mécanisme de financement est d'application en cas de faute lourde ou intentionnelle du gestionnaire du réseau et que, dans ce cas, l'indemnisation sera calculée proportionnellement à la rémunération annuelle dont le gestionnaire de réseau du MOG bénéficie. Il n'en demeure pas moins que pour tout autre motif d'indisponibilité, le risque est entièrement reporté sur l'État, et que même en cas de faute lourde ou intentionnelle, une aide d'État n'est dans une certaine mesure pas exclue. De cette manière, une garantie de l'État est octroyée au gestionnaire du réseau de transport, sans contrepartie de sa part. Il s'ensuit qu'un avantage,

⁶ L'article 6/5 de la loi sur l'électricité a été inséré par la 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'. La proposition de loi devenue la loi du 12 mai 2019, n'a pas été soumise pour avis à la section de législation.

⁷ Note 2 de l'avis cité : Une surcharge obligatoire appliquée sur les tarifs, même si celle-ci est à la charge des clients des gestionnaires de réseau, peut être imputée à l'autorité, de sorte qu'il y a lieu de considérer le régime de soutien comme une mesure financée au moyen de ressources d'État (voir dans ce sens Trib., 10 mai 2016, T47/15, Allemagne/Commission, points 34-42). De même, la deuxième option prévue à l'article 6/2, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité, à savoir « un prélèvement sur l'ensemble, ou des catégories objectivement définies, de consommateurs d'énergie ou d'opérateurs sur le marché », est un impôt, de sorte que dans cette hypothèse également, le financement a lieu au moyen de ressources d'État.

⁸ Note 3 de l'avis cité : Il n'existe pas de mécanisme comparable pour les producteurs d'énergie onshore, même si le réseau de transport onshore peut lui aussi être totalement ou partiellement indisponible.

qui est financé au moyen de ressources d'État, est accordé à une entreprise spécifique, le gestionnaire du réseau du MOG.

3.3. Compte tenu de ce qui précède, le projet doit être notifié à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à moins que les auteurs du projet ne puissent invoquer un régime d'exemption »⁹.

À la question de savoir si, compte tenu de l'avis précité, une notification à la Commission européenne, conformément à l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), aura encore lieu, le délégué a déclaré :

« Voorafgaand aan de ondertekening 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, hebben de diensten van de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat met betrekking tot voornoemd besluit geen staatssteun aanmelding vereist was. In dat opzicht wordt verwezen naar de bijgevoegde e-mail van 28 september 2018. Niettemin is het de intentie om in het kader van het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit opnieuw dergelijke bevestiging te vragen aan de Europese Commissie dat geen staatssteunaanmelding vereist is in het licht van artikel 108, lid 3 VWEU. (...) ».

En tout état de cause, il est recommandé, comme le déclare le délégué, de prendre contact avec les services compétents de la Commission européenne et, en fonction de la réponse, le cas échéant, de notifier encore le projet si la Commission européenne venait à adopter un autre point de vue que celui de 2018.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Le projet fait à plusieurs reprises référence à l'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', qui doit encore être adopté et sur le projet duquel le Conseil d'État donné le 3 mai 2024 l'avis 75.981/16. Les auteurs du projet devront veiller à ce que l'arrêté envisagé soit pris à la même date ou à une date ultérieure.

À cet égard, il faudra également veiller à utiliser une terminologie uniforme dans les deux arrêtés royaux. Ainsi, on remplacera la notion de « lot » (dans les textes français et néerlandais du projet) par la notion de « parcelle » dans le texte français et par celle de « kavel » dans le texte néerlandais.

⁹ Avis C.E. 60.379/3 du 9 décembre 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juillet 2017 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en vue d'établir un cadre légal pour le Modular Offshore Grid', observation 3.

En outre, les auteurs du projet devront vérifier l'exactitude de toutes les références à l'arrêté royal précité. Ainsi, l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, du projet fait mention du « Strike price, déterminé en application de l'article 41 de l'arrêté royal du [...] », alors qu'il faut viser l'article 44.

6. Une partie du texte figure parfois entre crochets (voir par exemple les articles 2, § 2, alinéa 2, et 6, alinéa 1^{er}, du projet). 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 peut se déduire des explications du délégué que tel est le cas et que les crochets seront omis.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

7. Compte tenu des observations formulées ci-dessus concernant le fondement juridique, le deuxième alinéa du préambule devra en outre faire référence à l'article 6/5, §§ 1^{er} et 5, de la loi sur l'électricité.

Article 2

8. Une partie du texte fait défaut à l'article 2, § 2, alinéa 2, du projet (la phrase commence par « européenne de l'avis (...) »). En ce qui concerne le texte manquant, le délégué a communiqué ce qui suit :

« Volgende woorden zijn weggevallen door te scannen:

‘Vanaf de vierentwintigste maand na [de publicatie van het in artikel 38 van het koninklijk’

‘A compter du vingt-quatrième mois suivant [la publication au Journal Officiel de l'Union’ ».

On complètera le texte (en omettant les crochets) ¹⁰.

Articles 2 et 4

9. Le délégué a fait savoir qu'à l'article 4, § 2, 2^o, du projet, la référence aux « composantes mentionnées à l'article 2, § 2, premier alinéa » coïncide avec la notion d'« infrastructure » au sens de l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, précité. Le texte doit être uniformisé.

¹⁰ Voir aussi l'observation 6.

Article 3

10. Eu égard à l'article 2, alinéa 1^{er}, du projet, on utilisera dans le texte néerlandais de l'article 3, § 2, toujours de manière uniforme, la notion de « mechanische voltooiing » (et non « mechanische afwerking »).

Article 4

11. Dans l'avis 64.445/3 du 30 novembre 2018 susmentionné, la section de législation a formulé l'observation suivante :

« 8. La limitation du droit de recours, contenue à l'article 14/4, § 4, en projet, à la seule faute lourde ou intentionnelle du titulaire d'une concession domaniale qui a causé l'indisponibilité du MOG (conjointement avec l'application de certains plafonds), doit pouvoir se justifier du point de vue du principe d'égalité. En effet, une différence de traitement est ainsi créée, tant entre les producteurs d'énergie onshore et offshore qu'entre les titulaires d'une concession domaniale et les autres auteurs du dommage (comme, par exemple, un bateau de pêche ou un dragueur qui, à la suite d'une faute, touchent des câbles et causent ainsi l'indisponibilité du MOG).

Il faut également pouvoir justifier dans quelle mesure la limitation de ce droit de recours ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre du gestionnaire du MOG, étant donné que ce gestionnaire est rendu objectivement responsable alors que son droit de recours est limité ».

Une observation analogue vaut pour la limitation du droit de recours du gestionnaire du réseau, insérée à l'article 4, § 3, du projet.

Articles 4 et 5

12. Invité à apporter des éclaircissements à propos de la portée du régime d'indemnisation figurant à l'article 4, § 1^{er}, alinéa 4, du projet, le délégué a déclaré :

« Artikel 4, § 1, vierde lid, van de ontwerp-regelgeving luidt als volgt: 'In afwijking van het tweede lid komt de vergoeding, wanneer de onbeschikbaarheid van de installaties bedoeld in artikel 2, §2, wordt veroorzaakt door een opzettelijke fout van de netbeheerder overeen met 100 % van de Strike price_y of 100% van de elektriciteitsreferentieprijis verminderd met de correctiefactor.'

De twee voorgaande leden voorzien in vergoedingsmechanismen (behalve in gevallen van opzettelijke fout), die afhankelijk zijn van het moment waarop de MOG onbeschikbaar wordt (voor of na het einde van het ondersteuningsmechanisme).

Lid 4 verwijst naar deze twee mechanismen: als de onbeschikbaarheid van de MOG het gevolg is van een opzettelijke fout en zich voordoet vóór het einde van het ondersteuningsmechanisme, is de vergoeding gelijk aan 100% van de uitoefenprijs minus de correctiefactor, terwijl als de onbeschikbaarheid zich voordoet na het einde van het ondersteuningsmechanisme, de vergoeding gelijk is aan 100% van de referentieprijis voor elektriciteit minus de correctiefactor.

Voor meer duidelijkheid moet artikel 4, § 1, vierde lid, als volgt worden aangepast (onderstreping toegevoegd):

‘In afwijking van het tweede en derde lid komt de vergoeding, wanneer de onbeschikbaarheid van de installaties bedoeld in artikel 2, §2, wordt veroorzaakt door een opzettelijke fout van de netbeheerder overeen met 100 % van de Strike price_y of 100% van de elektriciteitsreferentieprijis verminderd met de correctiefactor’ ».

On peut se rallier à cette adaptation proposée de l’article 4, § 1^{er}, alinéa 4, du projet, du moins si le texte précise également l’importance du délai du mécanisme de soutien exposée par le délégué.

Au regard de ce qui précède, on remplacera en outre, à l’article 5, alinéa 1^{er}, du projet, la référence (erronée) aux « articles 3, § 1^{er}, alinéa 2, et 5, § 1^{er}, alinéa 2, » par une référence aux « articles 3, § 1^{er}, alinéa 2, et 4, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, ».

Article 5

13. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l’article 5, alinéa 1^{er}, du projet, les mots « dans les cas de retard dans la mise en service » sont sans équivalents. Le cas du retard dans la mise en service doit également être mentionné dans le texte néerlandais.

14. À l’instar du texte néerlandais, le texte français de l’article 5, alinéa 2, du projet doit viser l’article 3, § 2, du projet, et l’article 4, § 3, du projet, et donc pas l’article 3, § 2, et l’article 5, § 3 (inexistant), du projet.

15. Dès lors que le délégué a fait savoir que la notion de « force majeure » figurant à l’alinéa 2 de l’article 5 du projet doit être comprise au sens de l’article 5.226 du Code civil, cette notion ne doit pas être précisée dans le projet. Toutefois, dans un souci de sécurité juridique, il serait utile de préciser (comme l’a également confirmé le délégué) que le gestionnaire du réseau supporte la charge de la preuve de l’existence de la force majeure, ce qui a également été proposé par la CREG ¹¹.

Article 8

16. Entre les segments de phrase « le 10^[e] » et « du mois » (article 8, alinéas 1^{er} et 2, du projet), on insérera chaque fois un mot (par exemple « jour » ou « jour ouvrable »).

¹¹ CREG, Proposition (C)2746 7 mars 2024 Proposition d’arrêté royal relatif à l’établissement d’un mécanisme d’indemnisation au profit des détenteurs d’une concession domaniale visée à l’article 613 de la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité en cas de retard dans la mise en service ou d’indisponibilité totale ou partielle du Modular Offshore Grid, p. 8.

Article 11

17. Dans le texte néerlandais du projet, le mot « Commissie » ne peut pas être écrit avec une majuscule, compte tenu de la définition de « commissie » inscrite à l'article 2, 26°, de la loi sur l'électricité.

Article 12

18. Afin d'assurer la concordance entre les versions linguistiques, on remplacera le mot « mail » dans le texte néerlandais du projet par le mot « e-mail »¹².

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Eline YOSHIMI

Pierre LEFRANC

¹² En effet, selon le dictionnaire *van Dale*, la notion de « mail » pouvant également être comprise dans le sens de « post », il est préférable de faire mention de la notion de « e-mail » comme équivalent de la notion française de « courrier électronique ».