RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 52.038/3
van 18 september 2012

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 52.038/3
du 18 septembre 2012

sur

un projet d’arrêté royal ‘portant modification de l’arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l’établissement de mécanismes visant la promotion d’électricité produite à partir des sources d’énergie renouvelables’

Op 13 september 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Leefmilieu, Energie en Mobiliteit verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 september 2012. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Bruno SEUTIN en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 september 2012.

*

Le 13 septembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Environnement, à l'Énergie et à la Mobilité à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal 'portant modification de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion d'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 18 septembre 2012. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Bruno SEUTIN et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Marleen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 septembre 2012.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

> "Gelet op de hoogdringendheid, uiteengezet in de aanhef van het voorliggende ontwerp, zou de Regering de Raad van State dankbaar zijn, mocht het advies worden verstrekt binnen de termijn bepaald bij artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State."

In de aanhef van het ontwerp wordt dit verzoek als volgt gemotiveerd:

> "Gelet op het verwachte effect op de transporttarieven van de uitvoering van het Vlaams Decreet van 13 juli 2012 tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009 betreffende de productie van groene energie;
>
> Gelet op de dringende spoed om het regime van de minimumprijs voor de groenestroomcertificaten toegekend op grond van regionale wetgeving af te schaffen teneinde een opwaartse impact op de transporttarieven te vermijden;
>
> Gelet op het feit dat voorliggend koninklijk besluit genomen wordt zonder afbreuk te doen aan de verworven rechten van producenten die zonne-energie, met name fotovoltaïsche panelen, in gebruik namen voor 1 januari 2006 en die genoten hebben en nog steeds genieten, voor een periode van 10 jaar vanaf de ingebruikname — periode die ten laatste op 31 december 2015 eindigt — van het tarief van 150 €/MWh bij de aankoop van het groenestroomcertificaten."

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot 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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe wijzigingen aan te brengen wat betreft de verplichting voor de transmissienetbeheerder om groenestroomcertificaten tegen bepaalde minimumprijzen aan te kopen, afhankelijk van de gebruikte productietechnologie. Die aankoopverplichting wordt afgeschaft voor on-shore windenergie en voor een aantal andere hernieuwbare energiebronnen, waaronder biomassa. Wat betreft energie uit waterkracht wordt de aankoopverplichting beperkt tot installaties die elektriciteit produceren uit water of stromen, bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'. Wat betreft zonne-energie wordt de bestaande aankoopverplichting voortaan beperkt tot installaties voor zonne-energie die in gebruik zijn genomen voor 1 januari 2006 (artikel 1 van het ontwerp). Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 augustus 2012 (artikel 2).

4. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 7, § 1, vierde lid, van de wet van 29 april 1999, gelezen in samenhang met artikel 7, § 1, eerste lid, 1°, van dezelfde wet. Bij de eerstgenoemde bepaling wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad en op voorstel van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), de bepalingen van het bekrachtigde[1] koninklijk besluit van 16 juli 2002 'betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen' te wijzigen. Op grond van de laatstgenoemde bepaling kan de Koning volgens dezelfde vormvereisten maatregelen van marktorganisatie vaststellen, waaronder het opleggen van een verplichting aan de netbeheerder om groenestroomcertificaten toegekend door de federale en gewestelijke overheden aan te kopen tegen een minimumprijs.

VORMVEREISTEN

5. Krachtens artikel 19/1, § 1, eerste lid, van de wet van 5 mei 1997 'betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling' zijn de ontwerpen van koninklijk besluit onderworpen aan een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzakelijkheid van een effectbeoordeling. De enige gevallen waarin dat voorafgaand onderzoek niet hoeft plaats te vinden, zijn die welke worden bepaald bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad (artikel 19/1, § 1, tweede lid, van de wet van 5 mei 1997). Een dergelijk besluit lijkt, volgens de huidige stand van de teksten die in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt, nog niet te zijn genomen.

Uit wat voorafgaat volgt dat het ontwerp het voorwerp dient uit te maken van het genoemde onderzoek, wat niet het geval lijkt te zijn geweest.

Indien dat uit het voorafgaande onderzoek zou voortvloeien, dient overeenkomstig artikel 19/2 van de wet van 5 mei 1997 ook een effectbeoordeling in de zin van dat artikel plaats te vinden.

Mocht het ontwerp nog worden gewijzigd ten gevolge van het vervullen van dat vormvereiste, dan dienen de betrokken wijzigingen nog om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

BEVOEGDHEID

6. In zijn advies over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 16 juli 2002 heeft de Raad van State het volgende opgemerkt:[2]

> "Artikel 18, § 1, van het ontwerp verplicht de transmissienetbeheerder ertoe groenestroomcertificaten aan te kopen van de producent die hierom verzoekt tegen een bepaalde minimumprijs. Om de kosten verbonden aan deze verplichting te recupereren, zal hij deze certificaten krachtens artikel 18, § 2, op de markt brengen, waarbij het

[1] Bij artikel 427 van de programmawet (I) van 24 december 2002.

[2] Adv. RvS nr. 32.788/1 van 4 april 2002 over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de markt voor elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen', opmerking 2.3.3.

nettosaldo dat ontstaat uit het verschil tussen de aankoopprijs en de verkoopprijs van het certificaat wordt gefinancierd door middel van een heffing op de tarieven. Artikel 18, § 3, bepaalt dat de CREG belast is met het beheer van het ingestelde systeem.

In zoverre artikel 18 betrekking heeft op prijzen en tarieven, kan het rechtsgrond vinden in artikel 7 van de wet van 29 april 1999, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 3°, en VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Artikel 18 houdt evenwel meer in dan loutere prijs- of tariefmaatregelen, met name in zoverre aan de transmissienetbeheerder de verplichting wordt opgelegd groenestroomcertificaten aan te kopen en wordt bepaald dat hij die certificaten opnieuw op de markt zal brengen om de kosten die aan die verplichting zijn verbonden te recupereren. Die bepalingen kaderen in de gewestelijke bevoegdheid inzake nieuwe energiebronnen en kunnen derhalve geen rechtsgrond vinden in artikel 7, eerste lid, van de wet van 29 april 1999."

In het advies[3] dat werd gegeven over een voorstel dat heeft geleid tot het decreet van 13 juli 2012 'houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie', dat blijkens de aanhef van het thans voor advies voorgelegde ontwerp aanleiding heeft gegeven tot de ontworpen regeling, heeft de Raad van State opgemerkt dat de in dat voorstel vervatte regeling inzake groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten ingepast kon worden in de gewestelijke bevoegdheid inzake "de nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie", bedoeld in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'.

7. In zoverre bij het ontworpen besluit de aankoopverplichting voor netbeheerders van groenestroomcertificaten tegen een minimumprijs voor verscheidene vormen van hernieuwbare energiebronnen wordt opgeheven, bestaat er geen bevoegdheidsrechtelijk bezwaar, vermits alsnog wordt afgezien van een regeling waarvoor de Raad van State destijds heeft besloten tot de onbevoegdheid van de federale overheid.

In de mate dat de aankoopverplichting wordt gehandhaafd voor groenestroomcertificaten voor off-shore installaties voor windenergie[4] en voor off-shore installaties die elektriciteit produceren uit water of stromen[5], bestaat er evenmin een bevoegdheidsrechtelijk bezwaar, aangezien die installaties gelegen zijn in zeegebieden bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 waarin België rechtsmacht kan uitoefenen volgens het internationaal zeerecht en die niet betrokken zijn bij de indeling in gewesten. Voor deze regeling is de federale overheid bevoegd.[6]

---

[3] Adv. RvS nr. 51.535/3 van 18 juni 2012 over een voorontwerp van decreet 'houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie', *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-2012, nr. 1639/2, opmerkingen 5 en 6, p. 8-9.

[4] Huidig artikel 14, § 1, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, waarin door het ontworpen besluit geen wijziging wordt aangebracht.

[5] Ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, vervangen bij artikel 1, 3°, van het ontwerp.

[6] Aangehaald adv. RvS nr. 32.788/1, opmerking 2.2.2.

In zoverre de aankoopverplichting voor groenstroomcertificaten voor zonne-energie wordt gehandhaafd, zelfs in een gewijzigde vorm, rijzen dezelfde bevoegdheidsbezwaren die de Raad van State destijds heeft geformuleerd.

8. In de aanhef van het ontwerp wordt de gedeeltelijke handhaving van de aankoopverplichting voor groenstroomcertificaten voor zonne-energie als volgt verantwoord:

> "Gelet op het feit dat voorliggend koninklijk besluit genomen wordt zonder afbreuk te doen aan de verworven rechten van producenten die zonne-energie, met name fotovoltaïsche panelen, in gebruik namen voor 1 januari 2006 en die genoten hebben en nog steeds genieten, voor een periode van 10 jaar vanaf de ingebruikname — periode die ten laatste op 31 december 2015 eindigt — van het tarief van 150 €/MWh bij de aankoop van (...) groenestroomcertificaten;"

De gemachtigde verklaarde hierover nog het volgende:

> "De uitzondering voor 2006 is geïnspireerd door het feit dat geen Vlaamse regeling bestaat/bestond voor ondersteuning voor installaties van voor 2006. Bijgevolg richtten de pioniers die toen zonnepanelen plaatsten in Vlaanderen zich tot Elia, waar zij volgens het KB van 2002 recht hadden op tien jaar aankoop aan 150 EUR. Het bedrag dat Elia hier in totaal voor betaalt per jaar bedraagt ongeveer 160.000 EUR, ofwel een 1050-tal certificaten per jaar. Een 200 à 300 kleine producenten dus. Ten opzichte van deze mensen voelt de federale regering zich gehouden tot een zekere vorm van 'nakomen van engagement', vandaar deze uitzondering. De CREG wijst er in haar voorstel op dat deze mensen de enigen zijn die op heden genieten van de federale steun. De Waalse regeling bestond al langer, maar was op dat moment voordeliger dan de federale, waardoor er geen Waalse producenten zijn die zich toen tot de federale steun gericht hebben."

De "verworven rechten" – of veeleer legitieme verwachtingen – waaraan wordt gerefereerd, kunnen evenwel niet worden ingeroepen als verantwoording voor het handhaven van een regeling waarvoor de federale overheid onbevoegd is. Het bestaande artikel 14, § 1, tweede lid, 4°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 dient bijgevolg te worden opgeheven, veeleer dan te worden hernomen in een gewijzigde, in de tijd beperkte versie bij artikel 1, 2°, van het ontwerp.

Indien zou blijken dat een dergelijke algemene opheffing van de aankoopverplichting voor groenestroomcertificaten voor zonne-energie de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de federale overheid in het gedrang zou brengen, staat het aan de betrokken categorie van producenten van zonne-energie om de overheid hierop aan te spreken. Alleszins komt het niet toe aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, om hieromtrent een standpunt in te nemen, aangezien zij zich te dezen enkel kan uitspreken over de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de bevoegdheidsverdelende regels.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

9. Bij artikel 2 van het ontwerp wordt terugwerkende kracht verleend aan het te nemen besluit tot 1 augustus 2012. In dit verband verklaart de gemachtigde het volgende:

> "Deze retroactiviteit is volgens de federale regering niet enkel noodzakelijk (owv het Vlaamse effect) maar ook toepasbaar. Het is immers pas op het moment dat een producent met een installatie ingebruikgenomen na 1 augustus 2012 zijn eerste certificaat krijgt (voorwaarden: productie van 1 MWh en toekenning certificaat door de VREG) en beslist om daarmee naar Elia te stappen om het te verkopen, dat Elia zich zou moeten engageren tot het aankopen van dat certificaat aan 150 EUR voor zonne-energie. Als dit KB binnen een zo snel mogelijke termijn bekrachtigd en gepubliceerd zou worden, is het voor Elia perfect mogelijk om te oordelen of de installatie in gebruik genomen is voor 1 augustus of niet. In het eerste geval kan het de producent erop wijzen dat hij in Vlaanderen een interessantere prijs vindt (210 MW [lees: euro]); in het tweede geval kan hij de producent erop wijzen dat er voor zijn geval geen federale steunregeling meer bestaat."

Door de terugwerkende kracht die aan het te nemen besluit wordt verleend, worden groenestroomproducenten die na de inwerkingstelling van hun productie-installatie vanaf 1 augustus 2012 een verzoek hebben gericht aan de transmissienetbeheerder voor de aankoop van groenestroomcertificaten en waarvoor de ontworpen regeling – of, in voorkomend geval, de geldende gewestelijke regeling – minder gunstig is dan de huidige regeling, op ongelijke wijze behandeld in vergelijking met de groenestroomproducenten die zich met dit verzoek vóór 1 augustus 2012 tot de transmissienetbeheerder hebben gewend.

10.1. In de mate dat de ontworpen regeling betrekking heeft op groenestroomcertificaten voor off-shore installaties die elektriciteit produceren uit water of stromen[7], is de zo-even weergegeven verantwoording, die enkel betrekking heeft op groenestroomcertificaten voor zonne-energie, niet relevant en ziet de Raad van State ook niet in hoe de terugwerkende kracht kan worden verantwoord. Artikel 2 van het ontwerp moet dan ook worden aangevuld met de volgende woorden: ", met uitzondering van artikel 1, 3°".

10.2. In de mate dat de ontworpen regeling betrekking heeft op groenestroomcertificaten voor zonne-energie en voor andere hernieuwbare energiebronnen dan off-shore installaties die elektriciteit produceren uit wind, water of stromen, zou het afzien van de terugwerkende kracht ten voordele van een inwerkingtreding op een tijdstip in de toekomst evenwel tot gevolg hebben dat een regeling waarvoor de Raad van State destijds heeft besloten tot de onbevoegdheid van de federale overheid, langer zou moeten gelden. Hiertegen rijzen dezelfde bevoegdheidsbezwaren die de Raad van State destijds heeft geformuleerd en die hiervóór in herinnering werden gebracht (zie opmerkingen 6 tot 8).

Indien zou blijken dat het verlenen van terugwerkende kracht aan de algemene of gedeeltelijke opheffing van de aankoopverplichting voor groenestroomcertificaten voor de

[7] Ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, vervangen bij artikel 1, 3°, van het ontwerp.

genoemde hernieuwbare energiebronnen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de federale overheid in het gedrang zou brengen, staat het aan de betrokken categorie van groenestroomproducenten om de overheid hierop aan te spreken. Alleszins komt het niet toe aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, om hieromtrent een standpunt in te nemen, aangezien zij zich te dezen enkel kan uitspreken over de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de bevoegdheidverdelende regels en met het beginsel van niet-retroactiviteit van rechtsregels.

*

1. Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« Gelet op de hoogdringendheid, uiteengezet in de aanhef van het voorliggende ontwerp, zou de Regering de Raad van State dankbaar zijn, mocht het advies worden verstrekt binnen de termijn bepaald bij artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. »

Dans le préambule du projet, cette urgence est motivée en ces termes:

« Considérant l'impact attendu sur les tarifs de transport du décret flamand du 13 juillet 2012 portant modification du décret Energie du 8 mai 2009 concernant la production d'énergie verte;

Considérant l'urgence qui appelle l'adaptation du régime de prix minimal en faveur des certificats verts octroyés en vertu des législations régionales, afin d'éviter un impact à la hausse des tarifs de transport;

Considérant que le présent Arrêté royal est pris sans préjudice des droits acquis des producteurs ayant mis en service de l'énergie solaire, à savoir des panneaux photovoltaïques, avant le 1er janvier 2006, qui ont bénéficié, et bénéficient encore, pour une période de 10 ans à dater de la mise en service — période qui prendra fin au plus tard le 31 décembre 2015 — du tarif de 150-€/MWh pour le rachat de leurs certificats verts ».

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet soumis pour avis a pour objet de modifier l'obligation qui est faite au gestionnaire du réseau de transport d'acheter des certificats verts à des prix minima fixés en fonction de la technologie de production utilisée. Cette obligation d'achat est abrogée pour l'énergie éolienne on-shore et un certain nombre d'autres sources d'énergie renouvelables, dont la biomasse. En ce qui concerne l'énergie hydraulique, l'obligation d'achat est limitée aux installations qui produisent de l'électricité à partir de l'eau ou des marées, visées à l'article 6 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'. En ce qui concerne

l'énergie solaire, l'obligation d'achat existante est désormais limitée aux installations de production d'énergie solaire mises en service avant le 1er janvier 2006 (article 1er du projet). L'arrêté envisagé produit ses effets le 1er août 2012 (article 2).

4. L'arrêté en projet trouve un fondement juridique à l'article 7, § 1er, alinéa 4, de la loi du 29 avril 1999, combiné avec l'article 7, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la même loi. La disposition citée en premier habilite le Roi à modifier, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), les dispositions de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 confirmé [1] 'relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables'. En vertu de la seconde disposition, le Roi peut, en suivant les mêmes formalités, prendre des mesures d'organisation du marché, dont l'établissement d'une obligation de rachat à un prix minimal par le gestionnaire du réseau de certificats verts octroyés par les autorités fédérale ou régionales.

FORMALITÉS

5. En vertu de l'article 19/1, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable', les projets d'arrêté royal font l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence. Les seuls cas dans lesquels cet examen préalable ne doit pas être effectué sont ceux déterminés dans un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (article 19/1, § 1er, alinéa 2, de la loi du 5 mai 1997). Dans l'état actuel des textes publiés au Moniteur belge, un arrêté de l'espèce ne paraît pas encore avoir été pris.

Il résulte de ce qui précède que le projet doit encore faire l'objet de l'examen susvisé, ce qui ne paraît pas avoir été le cas.

Si l'examen préalable en révèle la nécessité, une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/2 de la loi du 5 mai 1997 devra également être effectuée.

Si des modifications devaient encore être apportées au projet consécutivement à l'accomplissement de cette formalité, il y aurait lieu de soumettre également ces modifications à l'avis du Conseil d'État, section de législation.

COMPÉTENCE

6. Dans son avis sur un projet qui est devenu l'arrêté royal du 16 juillet 2002, le Conseil d'État a formulé les observations suivantes :[2]

> « L'article 18, § 1er, du projet, contraint le gestionnaire de réseau de transport à acheter des certificats verts au producteur qui en fait la demande à un prix minimal précis. Pour recouvrer les frais auxquels cette obligation l'expose, il doit commercialiser ces

[1] Par l'article 427 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002.

[2] Avis C.E. n° 32.788/1 du 4 avril 2002 sur un projet d'arrêté royal 'relatif au marché de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables', observation 2.3.3.

certificats conformément à l'article 18, § 2, étant entendu que le solde net résultant de la différence entre les prix d'achat et de vente du certificat est financé grâce à un prélèvement sur les tarifs. Selon l'article 18, § 3, la CREG est chargée de gérer le système mis en place.

Dans la mesure où il a trait à des prix et à des tarifs, l'article 18 peut puiser son fondement légal dans l'article 7 de la loi du 29 avril 1999, combiné avec l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, et VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980.

Néanmoins, l'article 18 ne comporte pas uniquement de simples mesures concernant les prix ou les tarifs, puisqu'il contraint le gestionnaire du réseau de transport à acheter des certificats verts, qu'il lui impose par ailleurs de commercialiser à nouveau pour recouvrer les frais auxquels cette obligation l'expose. S'inscrivant dans le cadre de la compétence dévolue aux régions en matière de sources nouvelles d'énergie, ces dispositions ne peuvent trouver leur fondement légal dans l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 29 avril 1999 ».

Dans l'avis [3] donné sur une proposition qui est devenue le décret du 13 juillet 2012 'modifiant le décret sur l'Énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne la production écologique d'énergie', lequel, selon le préambule du projet à l'examen, a donné lieu aux règles en projet, le Conseil d'État a observé que le régime prévu dans cette proposition concernant les certificats verts et les certificats d'énergie thermique pouvait s'inscrire dans la compétence des régions concernant les « sources nouvelles d'énergie à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire», visées à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, f), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

7. Dans la mesure où il abroge l'obligation qui est faite aux gestionnaires de réseau d'acheter des certificats verts à un prix minimal pour diverses formes de sources d'énergie renouvelables, l'arrêté en projet ne soulève pas d'objection de compétence, étant donné qu'on abandonne ici une règle pour laquelle le Conseil d'État avait à l'époque conclu à l'incompétence de l'autorité fédérale.

Dans la mesure où l'obligation d'achat est maintenue pour les certificats verts concernant les installations de production d'énergie éolienne off-shore [4] et les installations off-shore qui produisent de l'électricité à partir de l'eau ou des marées [5], il n'y a pas non plus d'objection de compétence étant donné que ces installations se situent dans des espaces marins visés à l'article 6 de la loi du 29 avril 1999 sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit maritime international et qui n'ont pas été intégrés dans la division du territoire en régions. Ces règles relèvent de la compétence de l'autorité fédérale [6].

[3] Avis C.E. n° 51.535/3 du 18 juin 2012 sur un avant-projet de décret 'houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie', *Doc.parl.*, Parl.fl. 2011-2012, n° 1639/2, observations 5 et 6, pp. 8-9.

[4] Article 14, § 1er, alinéa 2, 1°, en vigueur, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, qui n'est pas modifié par l'arrêté en projet.

[5] Article 14, § 1er, alinéa 2, 3°, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, remplacé par l'article 1er, 3°, du projet.

[6] Avis C.E. n° 32.788/1, cité, observation 2.2.2.

Dans la mesure où l'obligation d'achat de certificats verts concernant l'énergie solaire est maintenue, fût-ce sous une forme modifiée, elle soulève les mêmes objections de compétence que celles que le Conseil d'État avaient formulées à l'époque.

8. Le préambule du projet justifie le maintien de l'obligation d'achat de certificats verts concernant l'énergie solaire en ces termes :

> « Considérant que le présent Arrêté royal est pris sans préjudice des droits acquis des producteurs ayant mis en service de l'énergie solaire, à savoir des panneaux photovoltaïques, avant le 1er janvier 2006, qui ont bénéficié, et bénéficient encore, pour une période de 10 ans à dater de la mise en service — période qui prendra fin au plus tard le 31 décembre 2015 — du tarif de 150-€/MWh pour le rachat de leurs certificats verts ; »

À cet égard, le délégué a encore déclaré ce qui suit :

> « De uitzondering voor 2006 is geïnspireerd door het feit dat geen Vlaamse regeling bestaat/bestond voor ondersteuning voor installaties van voor 2006. Bijgevolg richtten de pioniers die toen zonnepanelen plaatsten in Vlaanderen zich tot Elia, waar zij volgens het KB van 2002 recht hadden op tien jaar aankoop aan 150 EUR. Het bedrag dat Elia hier in totaal voor betaalt per jaar bedraagt ongeveer 160.000 EUR, ofwel een 1050-tal certificaten per jaar. Een 200 à 300 kleine producenten dus. Ten opzichte van deze mensen voelt de federale regering zich gehouden tot een zekere vorm van 'nakomen van engagement', vandaar deze uitzondering. De CREG wijst er in haar voorstel op dat deze mensen de enigen zijn die op heden genieten van de federale steun. De Waalse regeling bestond al langer, maar was op dat moment voordeliger dan de federale, waardoor er geen Waalse producenten zijn die zich toen tot de federale steun gericht hebben ».

Les « droits acquis » - ou plutôt les attentes légitimes – auxquelles il est fait référence ne peuvent toutefois pas être invoqués pour justifier le maintien d'une règle qui ne relève pas de la compétence de l'autorité fédérale. L'actuel article 14, § 1er, alinéa 2, 4°, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 doit dès lors être abrogé plutôt qu'être reproduit, dans une version modifiée et limitée dans le temps, par l'article 1er, 2°, du projet.

S'il s'avérait que cette abrogation générale de l'obligation d'achat de certificats verts concernant l'énergie solaire affecte la responsabilité civile de l'autorité fédérale, il appartiendrait à la catégorie concernée de producteurs d'énergie solaire d'interpeler l'autorité à ce propos. En tout état de cause, il n'appartient pas au Conseil d'État, section de législation, de prendre position sur ce point, étant donné qu'il peut uniquement se prononcer en l'occurrence sur la conformité du régime en projet aux règles répartitrices de compétences.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

9. L'article 2 du projet fait rétroagir l'arrêté envisagé au 1er août 2012. À ce propos, le délégué déclare ce qui suit :

« Deze retroactiviteit is volgens de federale regering niet enkel noodzakelijk (owv het Vlaamse effect) maar ook toepasbaar. Het is immers pas op het moment dat een producent met een installatie ingebruikgenomen na 1 augustus 2012 zijn eerste certificaat krijgt (voorwaarden: productie van 1 MWh en toekenning certificaat door de VREG) en beslist om daarmee naar Elia te stappen om het te verkopen, dat Elia zich zou moeten engageren tot het aankopen van dat certificaat aan 150 EUR voor zonne-energie. Als dit KB binnen een zo snel mogelijke termijn bekrachtigd en gepubliceerd zou worden, is het voor Elia perfect mogelijk om te oordelen of de installatie in gebruik genomen is voor 1 augustus of niet. In het eerste geval kan het de producent erop wijzen dat hij in Vlaanderen een interessantere prijs vindt (210 MW [lees: euro]); in het tweede geval kan hij de producent erop wijzen dat er voor zijn geval geen federale steunregeling meer bestaat ».

L'effet rétroactif attribué à l'arrêté envisagé implique que les producteurs d'électricité verte qui, après la mise en service de leur installation de production à partir du 1er août 2012, ont adressé une demande au gestionnaire du réseau de transport pour l'achat de certificats verts et pour lesquels le régime en projet – ou, le cas échéant, la réglementation régionale en vigueur – est moins favorable que le régime actuel, sont traités de manière inégale par rapport aux producteurs d'électricité verte qui ont adressé cette demande au gestionnaire du réseau de transport avant le 1er août 2012.

10.1. Dans la mesure où les règles en projet concernent des certificats verts pour des installations off-shore qui produisent de l'électricité à partir de l'eau ou des marées [7], la justification reproduite ci-dessus, qui vise uniquement les certificats verts concernant l'énergie solaire, n'est pas pertinente et le Conseil d'État n'aperçoit pas non plus comment la rétroactivité pourrait se justifier. L'article 2 du projet doit dès lors être complété par les mots suivants : « , à l'exception de l'article 1er, 3° ».

10.2. Dans la mesure où les dispositions en projet visent des certificats verts concernant l'énergie solaire et des sources d'énergie renouvelables autres que des installations off-shore qui produisent de l'électricité à partir du vent, de l'eau ou des marées, le fait d'abandonner la rétroactivité en faveur d'une entrée en vigueur à un moment situé dans le futur impliquerait toutefois l'obligation de maintenir en vigueur un régime pour lequel le Conseil d'État avait conclu à l'époque à l'incompétence de l'autorité fédérale. Cela soulève les mêmes objections de compétence que celles que le Conseil d'État avait alors formulées et qui ont été rappelées ci-dessus (voir les observations 6 à 8).

[7] Article 14, § 1er, alinéa 2, 3°, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, remplacé par l'article 1er, 3°, du projet.

S'il s'avérait que l'attribution d'un effet rétroactif à l'abrogation générale ou partielle de l'obligation d'achat de certificats verts concernant les sources d'énergie renouvelables précitées affecte la responsabilité civile de l'autorité fédérale, il appartiendrait à la catégorie concernée de producteurs d'énergie verte d'interpeler l'autorité à ce propos. En tout état de cause, il n'appartient pas au Conseil d'État, section de législation, de prendre position sur ce point, étant donné qu'il peut uniquement se prononcer en l'occurrence sur la conformité du régime en projet aux règles répartitrices de compétences et au principe de la non-rétroactivité des règles de droit.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marleen VERSCHRAEGHEN Jan SMETS