



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 55.403/3
van 19 maart 2014

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 55.403/3
du 19 mars 2014

sur

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

Op 14 februari 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen 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 4 maart 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Kaat LEUS, staatsraden, Jan VELAERS en Lieven DENYS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 maart 2014.

*

Le 14 février 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 4 mars 2014. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Kaat LEUS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Lieven DENYS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jo BAERT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 mars 2014.

*

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

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt er in hoofdzaak toe de steunregeling te wijzigen voor nieuwe installaties voor het opwekken van offshore windenergie, waarvan de *financial close* plaatsvindt na 1 mei 2014.

In plaats van een vast minimumbedrag te hanteren, zoals dat het geval is in het huidige artikel 14, § 1, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’, wordt het steunbedrag voortaan het resultaat van een berekening waarbij rekening wordt gehouden met de zogenaamde “LCOE”, een maatstaf voor de productiekost voor 1 MWh elektriciteit zoals gedefinieerd in het ontworpen artikel 1, 10°, met de elektriciteitsreferentieprijs bedoeld in het ontworpen artikel 1, 11°, en met een correctiefactor, die 10% van die referentieprijs bedraagt. De LCOE wordt vastgelegd op 138 euro/MWh, maar kan elke drie jaar worden herzien bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad (ontworpen artikel 14, § 1*bis*), en de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) kan de relevante parameters aanpassen (ontworpen artikel 14, § 1*ter*). De LCOE wordt bovendien verhoogd met 12 euro voor de concessiehouders die een beroep doen op de onderzeese kabel bedoeld in artikel 7, § 2, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) (ontworpen artikel 14, § 1*quater*).

Voor het eerst wordt bovendien voorzien in een mechanisme om de minimumaankoopprijs tot nul te herleiden indien de opgewekte windenergie wordt geïnjecteerd op een tijdstip dat er overproductie is (ontworpen artikel 14, § 1*quinquies*). De CREG berekent ten slotte de eigenlijke minimumaankoopprijs voor de groenestroomcertificaten voor elektriciteit die in een bepaalde maand is geproduceerd (ontworpen artikel 14, § 1*sexies*).

2.2. Met de artikelen 10 en 11 van het ontwerp worden daarnaast nog een aantal wijzigingen doorgevoerd aan de regeling voor de degressiviteit en plafonnering van de federale toeslag, nu die ingevolge de wet van 26 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’ permanent is geworden.

RECHTSGROND

3.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gevonden in artikel 7, § 1, van de Elektriciteitswet. Die bepaling vormt inderdaad in principe de rechtsgrond voor de invoering

en de financiering van de steunmechanismen voor groenestroomprojecten, voor zover die binnen de bevoegdheid van de federale overheid vallen.

3.2. De vraag rijst echter of de Koning nog bevoegd is om de bepalingen van het ontwerp die aan de orde zijn in de artikelen 10 en 11 ervan te wijzigen. Die bepalingen zijn immers bekrachtigd bij artikel 28 van de wet van 26 december 2013, dat luidt:

“Het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, wordt bekrachtigd met ingang van 1 juli 2013.

Deze bekrachtiging wordt uitgebreid tot het artikel 14, § 2, tweede lid, alsook tot de artikelen 14bis tot 14terdecies van het koninklijk besluit die werden gewijzigd of ingevoegd bij het koninklijk besluit van 31 oktober 2008 tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, zoals ze door het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 worden gewijzigd.”

Die bekrachtiging was ingegeven door advies 53.970/1/V van 31 juli 2013 van de Raad van State bij het ontwerp dat tot het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’ heeft geleid en waarin is opgemerkt wat volgt:

“4.2. Overeenkomstig artikel 7, § 1, derde lid, van de [Elektriciteits]wet moet het te nemen besluit worden bekrachtigd binnen een termijn van twaalf maanden na de inwerkingtreding ervan.

Ter wille van de rechtszekerheid kan worden aanbevolen om die bekrachtiging uit te breiden tot de bepalingen over de federale toeslag die werden gewijzigd of ingevoegd bij het koninklijk besluit van 31 oktober 2008 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’, zoals ze door het ontworpen besluit worden gewijzigd.¹ Het koninklijk besluit van 31 oktober 2008 werd immers nooit bekrachtigd.”

Artikel 7, § 1, vierde lid, van de Elektriciteitswet luidt:

“Onder voorbehoud van het derde lid, kan de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de commissie de bepalingen van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, bekrachtigd bij artikel 427 van de programmawet (I) van 24 december 2002, wijzigen, vervangen of opheffen.”

Die bepaling moest het de Koning mogelijk maken om, ondanks de bekrachtiging van het gehele koninklijk besluit bij artikel 427 van de programmawet (I) van 24 december 2002, de bekrachtigde bepalingen opnieuw aan te passen. Ze houdt echter niet in dat het de Koning

¹ Voetnoot 2 uit het aangehaalde advies: Het betreft artikel 14, § 2, tweede lid, alsook de artikelen 14bis tot 14terdecies van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, met dien verstande dat de artikelen 14septies en 14octies bij artikel 6 van het ontworpen besluit worden opgeheven.

toegelaten zou zijn om dezelfde bepalingen ook na de bekrachtiging bij de wet van 26 december 2013 opnieuw te wijzigen, temeer daar niet alle bekrachtigde bepalingen rechtstreeks betrekking hebben op de invoering van een toeslag of een heffing, maar – zoals in het geval van de te wijzigen artikelen 14*nonies* en 14*duodecies* – op de praktische regels voor de toekenning van een vermindering van de toeslag.

VORMVEREISTEN

4. Aan de Raad van State is een regelgevingsimpactanalyse bezorgd, die 20 februari 2014 als datum draagt. De Ministerraad heeft echter reeds op 14 februari 2014 het ontwerp besproken, zonder dat een regelgevingsimpactanalyse voorlag.

Aangezien is beslist dat het ontwerp voor een tweede lezing moet worden voorgelegd aan de Ministerraad, zal die op dat moment ook kennis moeten nemen van de regelgevingsimpactanalyse.

5. Krachtens artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ dient er overleg te worden gepleegd tussen de betrokken (gewest)regeringen en de bevoegde federale overheid over iedere maatregel op het gebied van het energiebeleid, buiten de bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, van die wet.

Omdat het ontwerp betrekking heeft op een niet in artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vermelde (residuaire) bevoegdheid van de federale overheid op het gebied van het energiebeleid (namelijk nieuwe energiebronnen in de zeegebieden, waarvan geen melding is gemaakt in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), dient over het ontwerp overleg te worden gepleegd met de gewestregeringen.

Dit overleg blijkt nog niet te hebben plaatsgevonden. Indien ingevolge dat overleg wijzigingen worden aangebracht aan de ontworpen regeling, dan dienen die wijzigingen alsnog te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond voor het ontworpen besluit

7. Krachtens artikel 10 van het koninklijk besluit van 21 december 2013 ‘houdende uitvoering van titel 2, hoofdstuk 2 van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’ dient in de aanhef van de koninklijke besluiten en ministeriële besluiten die onder het toepassingsgebied van die wet vallen, melding te worden gemaakt van de uitgevoerde impactanalyse.

Artikel 1

8. Het ontworpen artikel 1, 12°, moet een Nederlandse vertaling krijgen.
9. De draagwijdte van de term “financial close” is niet evident, en kan bijgevolg beter eveneens worden gedefinieerd.²

Artikel 8

10. In de Nederlandse tekst van artikel 8 van het ontwerp dient de inleidende zin in het Nederlands te worden gesteld.
11. De stellers van het ontwerp dienen zich ervan te vergewissen dat het correctiemechanisme er niet toe leidt dat geen steun kan worden verleend voor energie die weliswaar werd opgewekt op een ogenblik dat er een positief onevenwicht is, maar die gebruikt wordt voor het opbouwen van reserves in installaties voor hydro-elektrische energieopslag in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, bedoeld in het ontworpen artikel 6/1 van de Elektriciteitswet, zoals ingevoerd bij artikel 3 van het parallel om advies voorgelegde voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’. In die gevallen gaat het immers wel degelijk om een nuttige aanwending van groene energie, en lijkt er dus geen reden om de steun te ontfagen.

Artikel 9

12. Er wordt nergens verduidelijkt over welke tijdvakken de minimumaankoopprijs wordt berekend. Bovendien blijkt slechts impliciet dat er een verschil kan zijn tussen de verschillende domeinconcessies.

De intentie van de stellers van het ontwerp, zoals ook blijkt uit de toelichting bij het voorstel van de CREG, zou beter tot uiting komen indien het ontworpen artikel 14, § 1^{sexies}, als volgt zou worden geformuleerd:

“De Commissie berekent iedere maand voor elke domeinconcessie de minimumaankoopprijs die van toepassing is op de groenestroomcertificaten voor elektriciteit die daar tijdens die maand is geproduceerd.”

Bovendien heeft die bepaling pas nut indien er ook wordt voorzien in een plicht tot bekendmaking van de aldus berekende prijzen.

² In het parallel om advies voorgelegde voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’ (adviesaanvraag met rolnummer 55.402/3) strekt artikel 2 van dat ontwerp ertoe een nieuw artikel 2, 52°, in te voeren in de Elektriciteitswet met een definitie van “financial close”. Het is echter niet zeker of die ontworpen bepaling al in werking zal zijn op het ogenblik dat het voorliggende besluit in werking treedt.

Artikelen 10 en 11

13. Sub 3.2 is vastgesteld dat er geen rechtsgrond is voor de artikelen 10 en 11 van het ontwerp, zodat die artikelen uit het ontwerp zullen moeten worden weggelaten. Desondanks wordt de gelegenheid te baat genomen in verband met deze bepalingen reeds het volgende op te merken.

De Raad van State heeft herhaaldelijk gewaarschuwd dat maatregelen, zoals het invoeren van degressiviteit en plafonnering van de federale toeslag die wordt gecompenseerd met een tussenkomst uit overheidsmiddelen, staatssteunregelingen vormen.³

Nu die regeling door de programmawet (I) van 26 december 2013 is bestendigd, en de artikelen 10 en 11 van het ontwerp ertoe strekken verder uitvoering te geven aan die regeling, past het niettemin te wijzen op een recent arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 19 december 2013, waarin het Hof van Justitie naar aanleiding van een Franse steunregeling de draagwijdte van het arrest *PreussenElektra*⁴ heeft verduidelijkt. Het Hof oordeelde in dat arrest:

- “34 Uit dit alles volgt dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de onderhavige zaak en die welke aanleiding heeft gegeven tot het voornoemde arrest *PreussenElektra*, waarin is geoordeeld dat de aan de particuliere elektriciteitsbedrijven opgelegde verplichting tegen minimumprijzen elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen, voor zover deze geen enkele rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen aan de producenten van dit soort elektriciteit met zich meebracht, niet als een met staatsmiddelen bekostigde maatregel kon worden aangemerkt (zie in die zin arrest *PreussenElektra*, reeds aangehaald, punt 59).
- 35 Zoals het Hof immers in punt 74 van het reeds aangehaalde arrest *Essent Netwerk Noord* e.a. reeds heeft kunnen verduidelijken, waren de particuliere ondernemingen in de zaak die tot het voormelde arrest *PreussenElektra* heeft geleid, door de staat niet met het beheer van staatsmiddelen belast, maar waren zij verplicht om met hun eigen financiële middelen aankopen te verrichten.
- 36 Die middelen konden dan ook niet als staatsmiddelen worden beschouwd, aangezien zij op geen enkel tijdstip onder de controle van de staat stonden en er geen enkele door de lidstaat ingevoerde en vastgestelde regeling bestond, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, strekkende tot compensatie van de uit de betrokken afnameverplichting voortvloeiende meerkosten en waarmee de staat deze particuliere marktdeelnemers waarborgde dat die meerkosten volledig werden gedekt.
- 37 Bijgevolg moet artikel 107, lid 1, VWEU aldus worden uitgelegd dat een regeling strekkende tot volledige compensatie van de meerkosten die voor ondernemingen voortvloeien uit de afnameverplichting van door windkracht opgewekte elektriciteit tegen een hogere prijs dan de marktprijs en welke compensatie wordt gefinancierd door alle eindverbruikers van elektriciteit op het nationale grondgebied, zoals deze

³ Zie o.m. adv.RvS 54.445/1/2/3 van 19 november 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet (I) van 26 december 2013 (*Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3147/001, 68 e.v.).

⁴ HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

regeling in wet nr. 2000-108 is vastgesteld, als een met staatsmiddelen bekostigde maatregel moet worden aangemerkt.”⁵

Gelet op dit standpunt van het Hof van Justitie laat het zich aanzien dat ook bij de voorliggende regeling staatsmiddelen worden ingezet, ter compensatie – weliswaar slechts ten dele – van de verplichting die op de particuliere transmissienetbeheerder rust om aan een minimumaankoop prijs groenestroomcertificaten aan te kopen van de producenten van windenergie, nu door de degressiviteit en de plafonnering de federale toeslag betaald door de afnemers niet meer dreigt te volstaan.

*

⁵ HvJ 19 december 2013, C-262/12, *Association Vent de Colère!*, e.a., punten 34-37.

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

2.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a principalement pour objet de modifier le régime de soutien financier pour les nouvelles installations de production *off-shore* d'énergie éolienne, dont le *financial close* est postérieur au 1^{er} mai 2014.

Le montant de l'aide n'est plus un montant minimal fixe, comme le prévoit l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, actuel de 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', mais est désormais le résultat d'un calcul qui tient compte du « LCOE », une mesure du coût de production d'un MWh d'électricité, tel qu'il est défini à l'article 1^{er}, 10^o, en projet, du prix de référence de l'électricité visé à l'article 1^{er}, 11^o, en projet, et d'un facteur de correction, qui s'élève à 10% de ce prix de référence. Le LCOE est fixé à 138 euros/MWh, mais peut être revu tous les trois ans par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (article 14, § 1^{er}*bis*, en projet), et la Commission pour la régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) peut adapter les paramètres pertinents (article 14, § 1^{er}*ter*, en projet). Le LCOE est en outre augmenté de 12 euros pour les concessionnaires qui recourent au câble sous-marin visé à l'article 7, § 2, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) (article 14, § 1^{er}*quater*, en projet).

Pour la première fois, il est en outre prévu un mécanisme permettant de ramener le prix minimal d'achat à zéro si l'énergie éolienne produite est injectée à un moment où il y a surproduction (article 14, § 1^{er}*quinquies*, en projet). La CREG calcule enfin le prix minimal d'achat réel des certificats verts pour l'électricité produite au cours d'un mois déterminé (article 14, § 1^{er}*sexies*, en projet).

2.2. Les articles 10 et 11 du projet apportent par ailleurs encore un certain nombre de modifications au régime de dégressivité et de plafonnement de la surcharge fédérale, celui-ci étant devenu permanent à la suite de la loi du 26 décembre 2013 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie'.

FONDEMENT JURIDIQUE

3.1. Le fondement juridique de l'arrêté en projet se trouve à l'article 7, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité. Cette disposition constitue en effet en principe le fondement juridique de l'instauration et du financement des mécanismes d'aide pour les projets de production d'électricité verte, pour autant qu'ils relèvent de la compétence de l'autorité fédérale.

3.2. Reste cependant à savoir si le Roi est encore compétent pour modifier les dispositions visées dans ses articles 10 et 11 du projet. Ces dispositions ont en effet été confirmées par l'article 28 de la loi du 26 décembre 2013, qui dispose :

« L'arrêté royal du 17 août 2013 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, est confirmé avec effet au 1^{er} juillet 2013.

Cette confirmation est étendue à l'article 14, § 2, deuxième alinéa, ainsi qu'aux articles 14*bis* à 14*terdecies* de l'arrêté royal, qui ont été modifiés ou insérés dans l'arrêté royal du 31 octobre 2008 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, tels qu'ils sont modifiés par l'arrêté royal du 17 août 2013 ».

Cette confirmation était dictée par l'avis du Conseil d'État 53.970/1/V du 31 juillet 2013 sur le projet devenu l'arrêté royal du 17 août 2013 '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 qui avait observé ce qui suit :

« 4.2. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi [sur l'électricité] impose que l'arrêté envisagé soit confirmé dans un délai de douze mois suivant son entrée en vigueur.

La sécurité juridique commande d'étendre cette confirmation aux dispositions relatives à la surcharge fédérale qui ont été modifiées ou insérées par l'arrêté royal du 31 octobre 2008 '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', telles qu'elles sont modifiées par l'arrêté en projet ¹. L'arrêté royal du 31 octobre 2008 n'a en effet jamais été confirmé.

L'article 7, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi sur l'électricité dispose :

« Sous réserve de l'alinéa 3, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition de la commission, le Roi peut modifier, remplacer ou abroger les dispositions de 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, confirmé par l'article 427 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 ».

Cette disposition devait permettre au Roi d'adapter à nouveau les dispositions confirmées, malgré la confirmation de l'ensemble de l'arrêté royal par l'article 427 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002. Elle ne signifie cependant pas que le Roi serait autorisé à modifier à nouveau les mêmes dispositions, également après la confirmation par la loi du 26 décembre 2013, d'autant plus que les dispositions confirmées ne concernent pas toutes directement l'instauration d'une surcharge ou d'un prélèvement, mais – comme c'est le cas des articles 14*nonies* et 14*duodecies* à modifier – des règles pratiques d'octroi d'une réduction de la surcharge.

¹ Note 2 de l'avis cité : Il s'agit de l'article 14, § 2, alinéa 2, ainsi que des articles 14*bis* à 14*terdecies* de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, étant entendu que les articles 14*septies* et 14*octies* sont abrogés par l'article 6 de l'arrêté en projet.

FORMALITÉS

4. Une analyse d'impact de la réglementation, datée du 20 février 2014, a été transmise au Conseil d'État. Le projet a cependant déjà été examiné en Conseil des ministres le 14 février 2014, sans qu'une analyse d'impact de la réglementation soit disponible.

Dès lors qu'il a été décidé que le projet devait être soumis en seconde lecture au Conseil des ministres, ce dernier devra également prendre connaissance à ce moment de l'analyse d'impact de la réglementation.

5. En vertu de l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', une concertation associant les gouvernements (régionaux) concernés et l'autorité fédérale compétente doit avoir lieu pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors des compétences énumérées à l'article 6, § 1^{er}, VII, de cette loi.

Dès lors que le projet vise une compétence (résiduelle) de l'autorité fédérale dans le domaine de la politique de l'énergie (à savoir les nouvelles sources d'énergie dans les espaces marins, dont l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne fait pas mention), une concertation doit avoir lieu sur le projet avec les gouvernements des régions.

Il s'avère que cette concertation n'a pas encore eu lieu. Si, à la suite de cette concertation, des modifications devaient être apportées à la réglementation en projet, ces dernières devront encore être soumises au Conseil d'État, section de législation.

EXAMEN DU TEXTE

PRÉAMBULE

6. Le préambule doit être mis en conformité avec les observations formulées ci-dessus relativement au fondement juridique de l'arrêté en projet.

7. En vertu de l'article 10 de l'arrêté royal du 21 décembre 2013 'portant exécution du titre 2, chapitre 2 de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative', le préambule des arrêtés royaux et ministériels qui entrent dans le champ d'application de cette loi doit mentionner l'analyse d'impact effectuée.

Article 1^{er}

8. L'article 1^{er}, 12°, en projet, doit être traduit en néerlandais.

9. La portée du terme « financial close » n'étant pas évidente, il est préférable de la définir également ².

Article 8

10. Dans le texte néerlandais de l'article 8 du projet, la phrase liminaire doit être rédigée en néerlandais.

11. Les auteurs du projet doivent s'assurer que le mécanisme de correction n'a pas pour effet empêcher qu'une aide puisse être octroyée pour de l'énergie, qui est certes produite à un moment où il y a un déséquilibre positif, mais qui est utilisée pour la constitution de réserves dans des installations de stockage d'énergie hydroélectrique dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique, au sens de l'article 6/1, en projet, de la loi sur l'électricité, tel qu'il est inséré par l'article 3 de l'avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie' soumis simultanément pour avis. Dans ces cas, il s'agit en effet véritablement d'une affectation utile d'énergie verte, et le refus de l'aide ne semble par conséquent pas justifié.

Article 9

12. Il n'est nulle part précisé sur quelles périodes est calculé le prix minimal d'achat. En outre, ce n'est qu'implicitement qu'il apparaît qu'il peut y avoir une différence entre les diverses concessions domaniales.

L'intention des auteurs du projet, telle qu'elle ressort également du commentaire de la proposition donné par la CREG, serait mieux traduite si l'article 14, § 1^{er}sexies, en projet, était formulé comme suit :

« La Commission calcule chaque mois, pour chaque concession domaniale, le prix minimal d'achat qui s'applique aux certificats verts pour l'électricité qui y est produite au cours de ce mois ».

En outre, cette disposition n'est utile que si une obligation de publication des prix ainsi calculés est également prévue.

² Dans l'avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie' soumis parallèlement pour avis (demande d'avis portant le numéro de rôle 55.402/3), l'article 2 de ce projet vise à insérer dans la loi sur l'électricité un nouvel article 2, 52°, qui comporte une définition de « financial close ». Il n'est cependant pas certain que cette disposition en projet produira déjà ses effets au moment où l'arrêté à l'examen entrera en vigueur.

Articles 10 et 11

13. Au point 3.2, il a été constaté que les articles 10 et 11 du projet sont dépourvus de fondement juridique, de sorte qu'ils devront être distraits du projet. L'occasion est néanmoins mise à profit pour déjà formuler les observations suivantes à propos de ces dispositions.

À plusieurs reprises, le Conseil d'État a averti que les mesures, telles que la dégressivité et le plafonnement de la surcharge fédérale qui est compensée par une intervention constituée de fonds publics, sont des aides d'État ³.

La loi-programme (I) du 26 décembre 2013 ayant rendu ce régime permanent et les articles 10 et 11 du projet visant à en poursuivre l'exécution, il faut cependant attirer l'attention sur un arrêt récent de la Cour de Justice de l'Union européenne du 19 décembre 2013, dans lequel celle-ci a précisé la portée de l'arrêt *PreussenElektra* en relation avec une aide d'État Française ⁴. Dans cet arrêt, la Cour a jugé :

- « 34 L'ensemble de ces éléments permet de distinguer la présente affaire de celle ayant donné lieu à l'arrêt *PreussenElektra*, précité, dans lequel il a été jugé que ne peut être considérée comme une intervention au moyen de ressources d'État l'obligation faite à des entreprises privées d'approvisionnement d'électricité d'acheter à des prix minimaux fixés l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans la mesure où aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État aux entreprises productrices de ce type d'électricité n'est induit (voir, en ce sens, arrêt *PreussenElektra*, précité, point 59).
- 35 En effet, comme la Cour a déjà eu l'occasion de le relever, au point 74 de l'arrêt *Essent Netwerk Noord e.a.*, précité, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *PreussenElektra*, précité, les entreprises privées n'étaient pas mandatées par l'État membre concerné pour gérer une ressource d'État, mais étaient tenues à une obligation d'achat au moyen de leurs ressources financières propres.
- 36 Ainsi, les fonds en cause ne pouvaient être considérés comme une ressource d'État puisqu'ils n'étaient à aucun moment sous contrôle public et qu'il n'existait aucun mécanisme, tel que celui en cause au principal, instauré et réglementé par l'État membre, de compensation des surcoûts résultant de cette obligation d'achat et par lequel l'État garantissait à ces opérateurs privés la couverture intégrale desdits surcoûts.
- 37 Partant, l'article 107, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un mécanisme de compensation intégrale des surcoûts imposés à des entreprises en raison d'une obligation d'achat de l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché dont le financement est supporté par tous les consommateurs finals de l'électricité sur le territoire national, tel que celui résultant de la loi n° 2000-108, constitue une intervention au moyen de ressources d'État » ⁵.

Il peut se déduire de cette position de la Cour de Justice que, dans le cadre du dispositif à l'examen, des ressources d'État sont également mises en œuvre pour compenser – seulement partiellement, il est vrai – l'obligation qui incombe au gestionnaire de réseau de

³ Voir notamment avis C.E., 54.445/1/2/3 du 19 novembre 2013 sur un avant-projet devenu la loi-programme (I) du 26 décembre 2013 (Doc. Parl., Chambre, 2013-14, n° 53-3147/001, 68 et s.).

⁴ C.J.U.E., 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

⁵ C.J.U.E., 19 décembre 2013, C-262/12, *Association Vent de Colère!*, et al., points 34-37.

transport privé d'acquérir des certificats verts à un prix minimal d'achat aux producteurs d'énergie éolienne, dès lors qu'en raison de la dégressivité et du plafonnement, la surcharge fédérale payée par les clients risque de ne plus suffire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT