



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.834/1/V
van 29 augustus 2016

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 59.834/1/V
du 29 août 2016

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 15 juli 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 31 augustus 2016,^(*) 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 eerste vakantiekamer onderzocht op 18 augustus 2016. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Pierre LEFRANC en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Greet VERBERCKMOES, 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 Koen MUYLLE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 augustus 2016.

*

Le 15 juillet 2016, 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 de plein droit jusqu'au 31 août 2016,^(**) 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 première chambre des vacations le 18 août 2016. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Pierre LEFRANC et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, 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 Koen MUYLLE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 29 août 2016.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

^(**) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot het aanpassen van de voorwaarden waaronder steun wordt verleend aan *offshore*windmolenparken, in het licht van een recent door de Kamer van volksvertegenwoordigers aangenomen wijziging van artikel 7 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’¹. Daartoe worden een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’ gewijzigd. Het ontwerp bevat bovendien ook enkele autonome bepalingen die als overgangsmaatregel gelden.

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt terecht gezocht in artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’. Meer bepaald gaat het om het eerste lid, 1°, van die bepaling, zoals die zal luiden na de totstandkoming van de wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt wat betreft de wijziging van het systeem voor de toekenning van groenestroomcertificaten voor elektriciteit geproduceerd overeenkomstig artikel 6, de financiering van de onderzeese kabel en de productieafwijking’.²

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. In het eerste lid van de aanhef kan de rechtsgrond voor het ontworpen besluit nog worden gespecificeerd door te verwijzen naar artikel 7, § 1, *eerste lid, 1°*, van de wet van 29 april 1999.

5. In het huidige zevende lid van de aanhef wordt gewag gemaakt van een overleg met de gewestregeringen, maar uit het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegde dossier blijkt niet dat zo een overleg heeft plaatsgevonden. De stellers van het ontwerp dienen zich ervan te vergewissen of dit vormvereiste effectief werd vervuld.

¹ *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1911/5.

² Dat is de wet waarin de *sub* 2 vermelde wijziging vervat ligt. Deze wet lijkt nog niet te zijn bekrachtigd, afgekondigd en bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, waarmee rekening dient te worden gehouden bij het nemen en het bekendmaken van het uitvoeringsbesluit.

6. De vervulde vormvereisten dienen in chronologische volgorde in de aanhef te worden vermeld.

Artikel 2

7. De procedure voor het vaststellen van de LCOE³ voor toekomstige *offshore* windmolenparken is in het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter*, eerste streepje, c), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 onvolledig uitgewerkt. Er wordt enkel voorzien in een voorstel van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG), geformuleerd na overleg met de houder van de domeinconcessie, dat moet worden bezorgd (niet: “overgemaakt”) aan de minister bevoegd voor energie (hierna: de minister) binnen een termijn waarbij de aangekondigde datum van de *financial close* van deze houder wordt gerespecteerd. Er wordt evenwel geen termijn vastgelegd waarbinnen de minister moet beslissen en er wordt zelfs niet voorzien in een beslissing van de minister. Nochtans zou het volgens de gemachtigde wel degelijk de bedoeling zijn om ter zake een regeling uit te werken. Het ontwerp moet derhalve op dit punt worden aangevuld, waarbij ook het best wordt verduidelijkt of, en zo ja onder welke voorwaarden, de minister van het voorstel kan afwijken.

8. Het vaststellen in het te nemen besluit zelf van de LCOE voor de twee domeinconcessies waarvan de planning al ver gevorderd is, hoeft geen schending uit te maken van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, op voorwaarde dat de methodologie die daarvoor gehanteerd werd, analoog is aan de berekeningswijze die de CREG in de toekomst zal hanteren om nieuwe LCOE's voor te stellen overeenkomstig het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter*, eerste streepje, c), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002. De overeenstemmende minimumprijzen zijn bovendien ook vatbaar voor hetzelfde correctiemechanisme als neergelegd in het ontworpen artikel 14, § 1*ter*, van dat besluit.⁴

9. Wat de in het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter*, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 bedoelde correctiefactor betreft, rijst de vraag of het de bedoeling is dat de correctiefactor voor alle windmolenparken gelijk is, of dat die per windmolenpark kan worden bepaald. Uit het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*ter*, tweede streepje, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 zou kunnen worden afgeleid dat het om een uniforme waarde gaat (0,10), maar in het ontworpen artikel 14, § 1*ter*, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 4 van het ontwerp) lijkt te worden uitgegaan van een meer individuele benadering. De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Wij wensen te verduidelijken dat het betreffende KB nergens voorziet dat de correctiefactor voor alle windmolenparken steeds gelijk zou moeten zijn noch dat een

³ Luidens artikel 1, § 2, 10^o, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 wordt onder “LCOE” verstaan “het geheel van de jaarlijkse kosten, berekend over een termijn van twintig jaar en gestandaardiseerd op basis van een algemeen geldend technologisch referentiekader, die zijn vereist om 1 MWh elektriciteit te produceren en die onder meer de investeringskosten en de kosten van exploitatie en onderhoud omvatten alsook de financieringskosten, berekend met actualisering van de financiële stromen en rekening houdend met een winst op investeringen in hoofde van de investeerders dewelke een rendabiliteit van de geïnvesteerde kapitalen ten belope van 12 % nastreeft”.

⁴ Niettemin moet op dit punt wel een voorbehoud gemaakt worden bij de overgangsregeling in artikel 6 van het ontwerp, zie hierover opmerking 13.

eventuele wijziging van de correctiefactor uniform voor alle windmolenparken zou dienen te gebeuren.

Voor de installaties beoogd onder artikel 14, §1, 1^oter van het betreffende KB geldt in beginsel weliswaar een correctiefactor van 0,10 die evenwel overeenkomstig artikel 14, §1ter desgevallend wordt gedifferentieerd per individueel windmolenpark door de CREG. De eventuele wijziging van de correctiefactor gebeurt bijgevolg steeds per individueel windmolenpark. Op grond van artikel 14, §1ter van het betreffende KB kan de correctiefactor en bijgevolg ook de minimumprijs eveneens van in het begin van de exploitatie worden gewijzigd.

Voor volledigheid wordt hierna kort de finaliteit van de correctiefactor toegelicht in het licht van de betreffende steunregeling. De betreffende steunregeling vereist dat de omvang van de steun rekening houdt met de inkomsten van de offshore geproduceerde en verkochte elektriciteit. Ter bepaling van de minimumprijs van de groenestroomcertificaten worden deze inkomsten bepaald als de forward elektriciteitsprijs gecorrigeerd ter dekking van bepaalde kosten en risico's (o.a. 'balancing' en 'profiling') en dit door middel van de correctiefactor.”

Teneinde dit in het ontwerp tot uitdrukking te brengen, wordt het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter, tweede streepje, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 het best als volgt vervangen:

“- de correctiefactor gelijk is aan 0,10, onverminderd de mogelijkheid om overeenkomstig § 1ter per domeinconcessie een aangepaste waarde vast te stellen;”.

10. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 14, § 1, derde en vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 2, 3^o en 4^o, van het ontwerp) schrijve men telkens “het tweede lid” in plaats van “lid 2”.

Eenzelfde of gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 14, § 1ter⁵, eerste lid (artikel 4 van het ontwerp) en § 1quater (artikel 5 van het ontwerp) en ten aanzien van artikel 6, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 3

11. Gelet op de rechtsonzekerheid die eruit kan voortvloeien, valt het af te raden artikelen of onderdelen ervan te hernoemen.⁶ Artikel 3, tweede lid, van het ontwerp wordt dan ook beter weggelaten. In dat geval dient het ontworpen artikel 14, § 1ter (artikel 4 van het ontwerp) te worden genummerd als 14, § 1ter/1.⁷

⁵ Lees § 1ter/1 (zie opmerking 11).

⁶ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 125, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

⁷ *Ibid.*, nr. 123.

Artikel 4

12. De aanvang van het ontworpen artikel 14, § 1^{ter}, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 laat uitschijnen dat het betrekking heeft op een procedure voor het aanpassen van de correctiefactor, maar in het laatste lid van die bepaling wordt enkel gewag gemaakt van het aanpassen van de minimumprijs voor de aankoop van groenestroomcertificaten.

Het is weliswaar zo dat een aangepaste correctiefactor aanleiding geeft tot een aanpassing van die minimumprijs, maar aangezien die ook afhangt van andere factoren, lijkt het beter om in de eerste plaats gewag te maken van het vaststellen van de correctiefactor, en niet van het vaststellen van de minimumprijs voor de aankoop van groenestroomcertificaten. Daaropvolgend kan ter informatieve titel ook de aangepaste minimumprijs voor de betrokken domeinconcessie worden berekend, die dan ook het best wordt bekendgemaakt.

Artikel 14, § 1^{sexies}, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, dat ongewijzigd blijft,⁸ bevat bovendien al een regeling voor de periodieke berekening en de bekendmaking van de minimumprijzen, die echter – zo bevestigde de gemachtigde – los staat van de berekening die in het ontworpen artikel 14, § 1^{ter}, van dat besluit aan de orde is.

In het licht van het voorgaande wordt voorgesteld om het ontworpen artikel 14, § 1^{ter}, laatste lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 als volgt te formuleren:

“Indien de commissie een verschil vaststelt, past zij de correctiefactor voor de betrokken domeinconcessie aan. Onverminderd § 1^{sexies} berekent de commissie de overeenstemmende nieuwe minimumprijs voor de aankoop van groenestroomcertificaten, overeenkomstig de formule in § 1, tweede lid, 1^o^{ter}, en maakt die bekend op haar website.”

Artikel 6

13. Hoger werd opgemerkt dat de vaststelling van de in het ontwerp vermelde waarden voor de LCOE voor met name vermelde windmolenparken geen probleem doet rijzen, op voorwaarde dat de methodologie die de CREG hanteert om de LCOE voor andere windmolenparken vast te stellen, dezelfde is.

Op dat punt doet de in artikel 6 van het ontwerp vervatte overgangsregeling echter vragen rijzen. Uit die regeling lijkt immers voort te vloeien dat – althans voor de LCOE's die zouden worden vastgesteld tussen 1 mei 2016 en de inwerkingtreding van het te nemen besluit – de LCOE in elk geval moet worden afgetopt indien die hoger ligt dan de bedragen vermeld in het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o^{ter}, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002. Dat zou echter betekenen dat die installaties minder gunstig worden behandeld: ook al zouden er volgens de gehanteerde methodologie objectieve redenen zijn voor een hogere LCOE, dan nog zou die

⁸ Gelet op het gegeven dat elke domeinconcessie een verschillende LCOE en een verschillende correctiefactor kan krijgen, is er niettemin reden om ook artikel 14, § 1^{sexies}, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 te wijzigen, door in het eerste lid de woorden “voor elke domeinconcessie” in te voegen tussen de woorden “conform §§ 1 tot 1^{quinqüies}” en de woorden “de minimumaankoopprijs”, en in het tweede lid het woord “minimumaankoopprijs” te vervangen door het woord “minimumaankoopprijzen”. Een artikel in die zin moet in het ontwerp worden ingevoegd tussen de artikelen 5 en 6.

worden beperkt voor die specifieke windmolenparken. Die ongelijke behandeling kan niet worden verantwoord door een streven om de LCOE, en derhalve de minimumprijs, in elk geval te plafonneren voor de toekomst op het niveau van de hoogste LCOE vermeld in die bepaling, aangezien in het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter, eerste streepje, c), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 niet wordt vereist dat een LCOE die zou worden vastgesteld na de inwerkingtreding van het te nemen besluit, niet hoger mag liggen dan de hoogst vermelde waarde.

Artikel 6 van het ontwerp dient in het licht van het voorafgaande te worden herbekeken.

Artikel 7

14. Artikel 7 van het ontwerp strekt ertoe de bevoegdheid om de datum van inwerking van het te nemen besluit te bepalen, te delegeren aan de minister, zij het dat die datum niet mag voorafgaan “aan de datum van de beslissing van de Europese Commissie krachtens de welke de steunmaatregelen vervat in dit besluit geen onverenigbare steun uitmaken in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, of aan het verstrijken van de termijn waarbinnen de Europese Commissie gehouden is een beslissing te nemen, in overeenstemming met artikel 4 van de verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”.

Volgens artikel 108 van de Grondwet is het maken van de verordeningen die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, in beginsel zaak van de Koning. Afwijkingen van die principiële regeling, waarbij de Koning verordenende bevoegdheid delegeert aan een minister, worden slechts bestaanbaar geacht met het voornoemde grondwettelijke voorschrift voor zover de toegestane delegaties betrekking hebben op het vaststellen van uitvoeringsmaatregelen van bijkomstige of detailmatige aard. Het vaststellen van de datum van inwerkingtreding van een koninklijk besluit of van onderdelen ervan kan daarom slechts aan een minister worden gedelegeerd indien het gaat om een besluit of om bepalingen ervan die betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden. Dat is hier niet het geval. Dergelijke delegatiebepaling zou overigens als gevolg kunnen hebben dat de toepassing van de ontworpen regeling voor onbepaalde tijd wordt uitgesteld of zelfs uitgesloten, wat onaanvaardbaar is. Gelet hierop dient de regeling van inwerkingtreding van het te nemen besluit zaak te blijven van de Koning.

15. Zo het te nemen besluit in werking zou worden gesteld bij een afzonderlijk besluit (dat dan een koninklijk besluit dient te zijn – zie de vorige opmerking) onder de voorwaarden gesteld bij artikel 7 van het ontwerp, dient te worden gewezen op het nadeel dat het vervuld zijn van het vormvereiste van aanmelding bij de Europese Commissie niet zal blijken uit de aanhef van het besluit dat thans in ontwerpvorm om advies voorligt. Ter compensatie zal er in elk geval melding moeten worden gemaakt van de aanmelding en de beslissing van de Europese Commissie (of het gebrek daaraan binnen de daartoe gestelde termijn, overeenkomstig artikel 4, leden 5 en 6, van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 ‘tot vaststelling van

nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie') in de aanhef van het besluit waarbij de datum van inwerkingtreding van het te nemen besluit zou worden bepaald.

*

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 ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet d'adapter les conditions en matière de soutien octroyé aux parcs éoliens *offshore*, à la lumière d'une modification, adoptée récemment par la Chambre des représentants, de l'article 7 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' ¹. À cette fin, plusieurs 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' sont modifiées. Le projet contient par ailleurs quelques dispositions autonomes tenant lieu de mesures transitoires.

3. Le fondement juridique de l'arrêté en projet est recherché à juste titre dans l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'. Il s'agit plus précisément de l'alinéa 1^{er}, 1^o, de cette disposition, telle qu'elle s'énoncera après l'élaboration de la loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la modification du mécanisme en vue de l'octroi de certificats verts pour l'électricité produite conformément à l'article 6, le financement du câble sous-marin et l'écart de production' ².

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

4. Le premier alinéa du préambule peut préciser davantage le fondement juridique de l'arrêté en projet en visant l'article 7, § 1^{er}, *alinéa 1^{er}, 1^o*, de la loi du 29 avril 1999.

5. Le septième alinéa actuel du préambule fait mention d'une concertation avec les gouvernements régionaux mais il ne ressort pas du dossier soumis au Conseil d'État, section de législation, qu'une telle concertation a eu lieu. Il appartient aux auteurs du projet de vérifier que cette formalité a effectivement été accomplie.

6. Le préambule doit mentionner les formalités accomplies dans l'ordre chronologique.

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 1911/5.

² Il s'agit de la loi qui contient la modification mentionnée à l'observation 2. Cette loi ne semble pas encore avoir été sanctionnée, promulguée et publiée au Moniteur belge, ce dont il faudra tenir compte lors de l'adoption et de la publication de l'arrêté d'exécution.

Article 2

7. L'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^oter, premier tiret, c), en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 ne règle pas complètement la procédure de fixation du LCOE³ pour les futurs parcs éoliens *offshore*. En effet, il prévoit uniquement une proposition de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG), formulée après concertation avec le titulaire de la concession domaniale et à transmettre au ministre qui a l'Énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) dans un délai compatible avec la date annoncée du *financial close* de ce titulaire. L'article ne fixe cependant pas de délai dans lequel le ministre doit prendre une décision et ne prévoit même pas de décision de ce dernier. Pourtant, selon le délégué, l'objectif serait bien d'élaborer un règlement sur ce point. Il y a donc lieu de compléter le projet à cet égard et de préciser également si le ministre peut déroger à la proposition et, le cas échéant, dans quelles conditions.

8. La fixation, dans l'arrêté envisagé même, du LCOE pour les deux concessions domaniales dont la planification est déjà bien avancée ne constitue pas nécessairement une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, à condition que la méthodologie appliquée à cet effet soit analogue au mode de calcul que la CREG appliquera à l'avenir pour proposer de nouveaux LCOE conformément à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^oter, premier tiret, c), en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002. Les prix minima correspondants sont par ailleurs également susceptibles d'être soumis au même mécanisme de correction que celui inscrit à l'article 14, § 1^{er}ter, en projet, de cet arrêté⁴.

9. En ce qui concerne le facteur de correction visé à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^oter, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, la question se pose de savoir si l'intention est qu'il soit égal pour tous les parcs éoliens ou qu'il puisse être déterminé par parc éolien. Il pourrait se déduire de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^oter, deuxième tiret, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 qu'il s'agit d'une valeur uniforme (0,10), mais l'article 14, § 1^{er}ter, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 (article 4 du projet) semble se fonder sur une approche plus individuelle. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Wij wensen te verduidelijken dat het betreffende KB nergens voorziet dat de correctiefactor voor alle windmolenparken steeds gelijk zou moeten zijn noch dat een eventuele wijziging van de correctiefactor uniform voor alle windmolenparken zou dienen te gebeuren.

Voor de installaties beoogd onder artikel 14, §1, 1^oter van het betreffende KB geldt in beginsel weliswaar een correctiefactor van 0,10 die evenwel overeenkomstig artikel 14, §1ter desgevallend wordt gedifferentieerd per individueel windmolenpark door de CREG. De eventuele wijziging van de correctiefactor gebeurt bijgevolg steeds per

³ Selon l'article 1^{er}, § 2, 10^o, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, on entend par « LCOE » « l'ensemble des coûts annuels, calculés sur un délai de vingt ans et standardisés sur la base d'un cadre de référence technologique généralement applicable, nécessaires pour produire 1 MWh d'électricité, et qui contiennent, entre autres, les coûts d'investissement et les coûts d'exploitation et d'entretien, ainsi que les coûts de financement, calculés avec l'actualisation des flux financiers et tenant compte d'un retour sur investissements dans le chef des investisseurs recherchant une rentabilité sur les capitaux investis à concurrence de 12 % ».

⁴ Il convient néanmoins d'émettre une réserve sur ce point concernant le régime transitoire prévu à l'article 6 du projet, voir à ce sujet l'observation 13.

individueel windmolenpark. Op grond van artikel 14, § 1^{ter} van het betreffende KB kan de correctiefactor en bijgevolg ook de minimumprijs eveneens van in het begin van de exploitatie worden gewijzigd.

Voor volledigheid wordt hierna kort de finaliteit van de correctiefactor toegelicht in het licht van de betreffende steunregeling. De betreffende steunregeling vereist dat de omvang van de steun rekening houdt met de inkomsten van de offshore geproduceerde en verkochte elektriciteit. Ter bepaling van de minimumprijs van de groenestroomcertificaten worden deze inkomsten bepaald als de forward elektriciteitsprijs gecorrigeerd ter dekking van bepaalde kosten en risico's (o.a. 'balancing' en 'profiling') en dit door middel van de correctiefactor ».

Afin d'exprimer ce point de vue dans le projet, mieux vaudrait remplacer l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o^{ter}, deuxième tiret, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 comme suit :

« - le facteur de correction est égal à 0,10, sans préjudice de la possibilité de déterminer une valeur adaptée par concession domaniale, conformément au § 1^{er}^{ter}; ».

10. Dans le texte néerlandais de l'article 14, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 (article 2, 3^o et 4^o, du projet), on écrira chaque fois « het tweede lid » au lieu de « lid 2 ».

Une observation identique ou similaire peut être formulée à l'égard de l'article 14, § 1^{er}^{ter}⁵, alinéa 1^{er} (article 4 du projet) et § 1^{er}^{quater} (article 5 du projet), en projet, ainsi qu'à l'égard de l'article 6, alinéa 2, du projet.

Article 3

11. Eu égard à l'insécurité juridique qui peut en découler, il est déconseillé de renuméroter des articles ou leurs subdivisions⁶. Mieux vaudrait par conséquent omettre l'article 3, alinéa 2, du projet. On renumérottera alors l'article 14, § 1^{er}^{ter}, en projet (article 4 du projet) en 14, § 1^{er}^{ter}/1⁷.

Article 4

12. Le début de l'article 14, § 1^{er}^{ter}, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 donne à penser qu'il concerne une procédure d'adaptation du facteur de correction, mais son dernier alinéa mentionne uniquement l'adaptation du prix minimal pour l'achat de certificats verts.

⁵ Lire § 1^{er}^{ter}/1 (voir l'observation 11).

⁶ Voir *Principes de technique législative*. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, Conseil d'État, 2008, n° 125, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

⁷ *Ibid.*, n° 123.

Un facteur de correction adapté entraîne certes une adaptation de ce prix minimal mais, dès lors que ce dernier dépend également d'autres facteurs, il semble préférable de d'abord mentionner la fixation du facteur de correction et non la fixation du prix minimal pour l'achat de certificats verts. On peut ensuite, à titre informatif, calculer également le prix minimal adapté pour la concession domaniale concernée, qu'il conviendra alors de publier.

En outre, l'article 14, § 1^{er}*sexies*, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, qui demeure inchangé⁸, contient déjà un régime pour le calcul périodique et la publication des prix minima, qui – comme l'a confirmé le délégué – est toutefois indépendant du calcul dont il est question à l'article 14, § 1^{er}*ter*, en projet, de cet arrêté.

À la lumière de ce qui précède, il est proposé de formuler l'article 14, § 1^{er}*ter*, dernier alinéa, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 comme suit :

« Si la commission constate une telle différence, elle adapte le facteur de correction pour la concession domaniale concernée. Sans préjudice du § 1^{er}*sexies*, la commission calcule le nouveau prix minimal correspondant pour l'achat de certificats verts, conformément à la formule inscrite au § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter*, et le publie sur son site Internet ».

Article 6

13. Il a été observé plus haut que la fixation des valeurs du LCOE mentionnées dans le projet pour des parcs éoliens nommément désignés ne pose pas de problème, à condition que la méthodologie appliquée par la CREG pour déterminer le LCOE pour d'autres parcs éoliens soit la même.

Sur ce point, le régime transitoire contenu à l'article 6 du projet soulève toutefois des questions. En effet, il semble découler de ce régime – du moins pour les LCOE qui seraient fixés entre le 1^{er} mai 2016 et l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé – que le LCOE doit en tout état de cause être écrêté s'il est supérieur aux montants mentionnés à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter*, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002. Or, cela impliquerait que ces installations bénéficient d'un traitement moins favorable : même si, selon la méthodologie appliquée, un LCOE plus élevé se justifiait objectivement, celui-ci serait limité pour ces parcs éoliens spécifiques. Cette inégalité de traitement ne peut être justifiée par le souhait de plafonner à l'avenir et dans tous les cas le LCOE, et, partant, le prix minimal, au niveau du LCOE le plus élevé, mentionné dans cette disposition, dès lors que l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o*ter*, premier tiret, c), en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 n'exige pas qu'un LCOE fixé après l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé ne puisse dépasser la valeur la plus élevée mentionnée.

Il y a lieu de réexaminer l'article 6 du projet à la lumière de ce qui précède.

⁸ Eu égard au fait que chaque concession domaniale peut se voir attribuer un LCOE et un facteur de correction différents, il y a néanmoins lieu de modifier également l'article 14, § 1^{er}*sexies*, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 en insérant, à l'alinéa 1^{er}, les mots « pour chaque concession domaniale » entre les mots « la commission calcule » et les mots « , conformément au[x] §§ 1^{er} à 1^{er}*quinquies* », et en remplaçant, à l'alinéa 2, les mots « ce prix minimal » par les mots « ces prix minima ». Dans le projet, on insérera un article dans ce sens entre les articles 5 et 6.

Article 7

14. L'article 7 du projet vise à déléguer au ministre le pouvoir de déterminer la date d'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé, étant entendu qu'elle ne peut être antérieure « à la date de la décision de la Commission européenne aux termes de laquelle les mesures de soutien contenues dans le présent arrêté ne constituent pas une aide d'État incompatible au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ou à l'expiration du délai dans lequel la Commission européenne avait à prendre une décision, conformément à l'article 4 du règlement (UE) 2015/1589 [du Conseil] du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Selon l'article 108 de la Constitution, il appartient en principe au Roi de faire les règlements nécessaires pour l'exécution des lois. Des dérogations à ce principe, par lesquelles le Roi délègue son pouvoir réglementaire à un ministre, ne sont réputées se concilier avec la règle constitutionnelle précitée que pour autant que les délégations accordées se rapportent à des mesures d'exécution accessoires ou de détail. La détermination de la date d'entrée en vigueur d'un arrêté royal ou de parties de celui-ci ne peut dès lors être déléguée à un ministre que s'il s'agit d'un arrêté ou de dispositions de celui-ci se rapportant à des questions d'ordre accessoire ou de détail. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Au demeurant, une telle délégation pourrait avoir pour effet de retarder, voire d'exclure, l'application du régime en projet, ce qui est inadmissible. Eu égard à ce qui précède, le règlement de l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé doit demeurer au pouvoir du Roi.

15. Si l'arrêté envisagé était mis en vigueur par un arrêté distinct (qui devra alors être un arrêté royal – voir l'observation précédente) aux conditions prévues par l'article 7 du projet, il faudrait attirer l'attention sur l'inconvénient que constitue le fait que le préambule de l'arrêté actuellement soumis pour avis sous forme de projet ne fera pas apparaître l'accomplissement de la formalité de notification à la Commission européenne. En compensation, il faudra en tout cas mentionner la notification à la Commission européenne et la décision de cette dernière (ou l'absence de décision dans le délai fixé à cet effet, conformément à l'article 4, paragraphes 5 et 6, du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 'portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne') dans le préambule de l'arrêté déterminant la date d'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS