



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 63.511/3
van 4 juni 2018

avis 63.511/3
du 4 juin 2018

over

sur

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'

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 de
sources d'énergie
renouvelables'

Op 16 mei 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie, Leefmilieu en Duurzame Ontwikkeling 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 29 mei 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, 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 4 juni 2018.

*

Le 16 mai 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie, de l'Environnement et du Développement durable 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 de sources d'énergie renouvelables’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 29 mai 2018. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, et Astrid TRUYENS, 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 4 juin 2018.

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het bepalen van nieuwe voorwaarden voor het verlenen van steun aan offshorewindmolenparken waarvan de *financial close* plaatsvindt vanaf 1 juli 2018. Daartoe wordt artikel 14 van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’ gewijzigd.

Het steunmechanisme ligt in het verlengde van de regeling voor de offshorewindproductie geproduceerd door installaties waarvan de *financial close* heeft plaatsgevonden vanaf 1 mei 2016 (artikel 14, § 1, 1^oter, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002) en die is ingevoerd bij het koninklijk besluit van 9 februari 2017.¹ De belangrijkste verschillen tussen de geldende regeling en de ontworpen regeling betreffen de lagere LCOE² (79 euro), de kortere steunperiode (in beginsel 17 jaar), de beperking van de steun tot een maximumvolume en de vereiste dat de concessiehouder zich ertoe verbindt om dat volume ook werkelijk te produceren voor het verlopen van de domeinconcessie, en het gegeven dat de steun wordt uitbetaald in de vorm van voorschotten op de minimumprijs die de netbeheerder voor de te verwachten groenestroomcertificaten moet betalen.

RECHTSGROND

3. In de aanhef van het ontwerp wordt geen rechtsgrondbepaling aangeduid,³ wat dient te worden verholpen.

De rechtsgrond kan worden gevonden in artikel 7, § 1, eerste lid, 1^o, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarin wordt bepaald dat de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en op voorstel van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG), maatregelen van marktorganisatie kan vaststellen, waaronder een systeem voor de toekenning van certificaten van

¹ Koninklijk besluit van 9 februari 2017 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

² LCOE staat voor “levelised cost of energy”. In artikel 1 van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 wordt LCOE gedefinieerd als “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”.

³ Nochtans is het identificeren van de correcte rechtsgrond een intrinsiek onderdeel van het totstandkomingsproces van nieuwe regelgeving, zodat dergelijke lacune niet zou mogen voorkomen.

oorspronggarantie en van groenestroomcertificaten voor elektriciteit. Ook van het vierde lid van dezelfde paragraaf dient in de aanhef melding te worden gemaakt, vermits die bepaling de Koning machtigt om het bij wet bekrachtigde koninklijk besluit van 16 juli 2002 te wijzigen.

VORMVEREISTEN

4. Op 27 april 2018 heeft de Ministerraad beslist dat het ontwerp wordt genotificeerd aan de Europese Commissie. Die aanmelding gebeurt op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). In de aanhef moet melding worden gemaakt van het vervullen van die verplichting tot aanmelding en van de eindbeslissing van de Europese Commissie ter zake.

5. In verband met de ontworpen regeling is een overleg gepland tussen de federale overheid en de gewesten, dat nog niet heeft plaatsgevonden.

6. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

7. In de Nederlandse tekst van artikel 1, 1°, dient te worden geschreven: "... tussen de woorden 'een minimumprijs' en de woorden ...".

8. In het ontworpen punt 3° van artikel 14, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 1, 3°, van het ontwerp) wordt in de eerste zin bepaald dat de verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten die in het kader van de nieuwe steunregeling geldt, begint te lopen vanaf de ingebruikname van de installatie "tot op het moment van het verlopen van een periode van zeventien jaar na deze ingebruikname, en die in elk geval eindigt op 31 december 2037".

Uit het vervolg van die bepaling blijkt echter dat die periode niet steeds zeventien jaar omvat en ook niet in alle gevallen eindigt op 31 december 2037. In geval van overmacht bijvoorbeeld, verlengt de CREG die periode, "in voorkomend geval zelfs tot na 31 december 2037". De eerste zin van het ontworpen punt is dus onjuist geformuleerd, wat dient te worden verholpen.

9. Waar in het in artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 in te voegen zinsdeel (artikel 1, 4°, van het ontwerp) in de Franse tekst de woorden "de manière indépendante et exhaustive" voorkomen, is daarvoor geen pendant in de Nederlandse tekst te vinden. Die discordantie dient te worden verholpen. Anders dan wat het geval is voor de Franse

tekst, sluit in de Nederlandse versie het in te voegen zinsdeel niet naadloos aan bij de eerste zin; die tekst zou zo moeten worden geformuleerd dat beter tot uiting komt dat het om elementen gaat die in het contract moeten worden opgenomen.

Artikel 5

10. In de Nederlandse tekst van artikel 5 van het ontwerp moet, gelet op de redactie van de te wijzigen bepaling, worden geschreven: "... en de woorden 'wordt voor de installaties ...'".

Artikel 7

11. De nieuwe steunregeling kan pas ten uitvoer worden gelegd nadat de Europese Commissie ermee heeft ingestemd.⁴ Indien die instemming niet tijdig wordt verkregen, zullen de datum van inwerkingtreding en de andere scharnierdata moeten worden aangepast.

*

⁴ Artikel 108, lid 3, derde zin, van de VWEU.

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

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de fixer de nouvelles conditions en matière d'aides accordées aux parcs éoliens offshore, dont le *financial close* intervient à partir du 1^{er} juillet 2018. À cette fin, il modifie l'article 14 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'.

Le mécanisme de soutien s'inscrit dans le prolongement du régime qui a été prévu pour la production éolienne offshore par des installations dont le *financial close* a eu lieu à partir du 1^{er} mai 2016 (article 14, § 1^{er}, 1^o*ter*, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002) et qui a été instauré par l'arrêté royal du 9 février 2017 ¹. Les principales différences entre le régime en vigueur et le régime en projet concernent le LCOE ² moins élevé (79 euros), la période d'aide plus courte (en principe 17 ans), la limitation de l'aide à un volume maximal et l'exigence prévoyant que le concessionnaire s'engage également à produire effectivement ce volume avant l'expiration de la concession domaniale, et le fait que l'aide est versée sous la forme d'avances sur le prix minimal que le gestionnaire de réseau doit payer pour les certificats verts escomptés.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le préambule du projet ne mentionne pas de disposition procurant le fondement juridique ³ ; il y a lieu d'y remédier.

Le fondement juridique peut être trouvé dans l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité', qui dispose que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et sur proposition de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : la CREG), peut prendre des mesures d'organisation du marché, dont un mécanisme en vue de l'octroi de certificats de garantie d'origine et de certificats verts pour l'électricité. Le préambule doit également mentionner l'alinéa 4 du même paragraphe, dès

¹ Arrêté royal du 9 février 2017 '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'.

² LCOE est l'abréviation de « levelised cost of energy ». L'article 1^{er} de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 le définit comme « 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 ».

³ Or, l'identification du fondement juridique correct est un élément intrinsèque du processus d'élaboration d'une nouvelle réglementation, de sorte que pareille lacune ne pourrait pas se produire.

lors que cette disposition habilite le Roi à modifier l'arrêté royal du 16 juillet 2002 confirmé par la loi.

FORMALITÉS

4. Le 27 avril 2018, le Conseil des ministres a décidé de notifier le projet à la Commission européenne. Cette formalité intervient en application de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE). Le préambule doit également mentionner le respect de cette obligation et la décision finale de la Commission européenne en la matière.

5. En ce qui concerne le dispositif en projet, une concertation est prévue entre l'autorité fédérale et les régions, laquelle n'a pas encore eu lieu.

6. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

7. Dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, 1^o, on écrira : « ... tussen de woorden *'een minimumprijs'* en de woorden ... ».

8. Dans le 3^o en projet de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 (article 1^{er}, 3^o, du projet), la première phrase énonce que l'obligation d'achat de certificats verts, qui s'applique dans le cadre du nouveau régime d'aide, commence à courir à dater de la mise en service de l'installation « jusqu'à l'expiration d'une période de dix-sept ans suivant cette mise en service, et expirant en tout état de cause le 31 décembre 2037 ».

Or, il ressort de la suite de cette disposition que cette période ne comporte pas toujours dix-sept ans et n'expire pas non plus dans tous les cas le 31 décembre 2037. En cas de force majeure, par exemple, la CREG prolonge cette période « le cas échéant même au-delà du 31 décembre 2037 ». La première phrase du point en projet n'est donc pas formulée correctement ; il y a lieu d'y remédier.

9. Dans le texte français du membre de phrase à insérer dans l'article 14, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 (article 1^{er}, 4^o, du projet), les mots « de manière indépendante et exhaustive » n'ont pas d'équivalent dans le texte néerlandais. Il y a lieu de remédier à cette discordance. Contrairement à ce qui est le cas pour le texte français, la première phrase et le membre de phrase à insérer ne s'enchainent pas harmonieusement dans la version néerlandaise; ce texte devrait être formulé de manière à ce qu'il ressorte plus clairement qu'il s'agit d'éléments qui doivent être insérés dans le contrat.

Article 5

10. Dans le texte néerlandais de l'article 5 du projet, on écrira, compte tenu de la rédaction de la disposition à modifier : « ... en de woorden 'wordt voor de installaties ... ».

Article 7

11. Le nouveau régime d'aide ne pourra être mis en œuvre qu'après avoir reçu l'assentiment de la Commission européenne⁴. Si cet assentiment n'est pas obtenu en temps utile, la date d'entrée en vigueur et les autres dates charnières devront être adaptées.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁴ Article 108, paragraphe 3, troisième phrase, du TFUE.