



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 64.445/3
van 30 november 2018

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 64.445/3
du 30 novembre 2018

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'

Op 15 oktober 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie, Leefmilieu en Duurzame Ontwikkeling verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 30 november 2018 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 20 november 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 november 2018.

*

Le 15 octobre 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, prorogé jusqu'au 30 novembre 2018, 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 20 novembre 2018. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 30 novembre 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 voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het bepalen van de uiterste datum waarop de verschillende onderdelen van het *Modular Offshore Grid* (hierna: MOG) in dienst moeten worden gesteld, namelijk 30 september 2019. Het ontwerp voorziet in een schadevergoedingsregeling voor het geval dat die datum niet wordt gehaald, waarbij de concessiehouders de keuze krijgen tussen een systeem van objectieve aansprakelijkheid (met lagere schadevergoeding, ook in geval van overmacht) en een systeem van schuldaansprakelijkheid (met vergoeding van alle schade, maar geen vergoeding bij overmacht). Deze nieuwe regeling wordt ingevoegd in het (bekrachtigde) koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’, waarvan het opschrift dan ook wordt aangevuld met de woorden “en de vergoeding van de houders van een offshore domeinconcessie in geval van onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid”.

Voorts worden enkele wijzigingen aangebracht in hetzelfde besluit, enerzijds, om rekening te houden met de nieuwe schadevergoedingsregeling en, anderzijds, om rekening te houden, bij de berekening van de kosten van de toeslag groenestroomcertificaten, met de kosten die verbonden zijn aan de voorschotten bedoeld in artikel 14, § 1^{septies}, van dat besluit voor de elektriciteit geproduceerd door de installaties bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o^{quater}, van dat besluit (installaties waarvan de *financial close* plaatsvindt vanaf 1 juli 2018).

RECHTSGROND

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 6/2 en 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, meer bepaald als volgt.

3.1. Artikel 6/2, § 1, eerste lid, 1^o, van de wet van 29 april 1999 is de rechtsgrond voor het ontworpen artikel 14/1, waarin de uiterste datum van inwerkingstelling van de onderdelen van het MOG wordt bepaald.

3.2. Artikel 6/2, § 1, eerste lid, 2^o, van de wet van 29 april 1999 biedt – onder voorbehoud van wat volgt – rechtsgrond voor de invoering van een vergoedingssysteem bij onbeschikbaarheid van het MOG (ontworpen artikelen 14/2 tot 14/8). Dat daarbij de keuze wordt gelaten aan de concessiehouders tussen twee varianten, zodat er dus eigenlijk twee vergoedingssystemen zijn, is niet in strijd met de machtiging aan de Koning om “een vergoedingssysteem” in te stellen.

Voor de mogelijkheid die wordt gecreëerd bij het ontworpen artikel 14/4, § 4, voor de netbeheerder om deze schadevergoeding (met toepassing van bepaalde plafonds) te verhalen op de houder van een domeinconcessie die door een zware of opzettelijke fout de onbeschikbaarheid van het MOG heeft veroorzaakt, kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met artikel 6/2, § 2, van de wet van 29 april 1999.

De rechtsgrond voor het ontworpen artikel 14/6, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 om bij onbeschikbaarheid een bepaald deel van het in artikel 14, § 1septies, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 bedoelde voorschot vervroegd te storten, moet worden gezocht in artikel 7, § 1, eerste lid, 1°, van de wet van 29 april 1999. De ontworpen regeling is immers op zich geen schadevergoedingsregeling in de zin van artikel 6/2, § 1, eerste lid, 2°, van de voormelde wet, maar wel een aspect van de minimumprijsregeling in de zin van de eerstgenoemde wetsbepaling.

3.3. De rechtsgrond voor de aanpassingen aan de toekenningsvoorwaarden voor de groenestroomcertificaten die worden aangebracht bij artikel 3 van het ontworpen besluit en voor de overgangsregeling in artikel 7 van het ontworpen besluit wordt geboden door artikel 7, § 1, eerste lid, 1°, van de wet van 29 april 1999.

3.4. Artikel 7, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 29 april 1999 is de rechtsgrond voor de aanpassingen aan de berekeningswijze en de modaliteiten van de toeslag groene stroomcertificaten (artikelen 5 en 6 van het ontwerp).

4. De aan te nemen bepalingen ter uitvoering van zowel artikel 6, § 1, eerste lid, 1° en 2°, als artikel 7, § 1, eerste lid, 2° (maar niet het 1° ervan), van de wet van 29 april 1999 moeten worden bekrachtigd binnen twaalf maanden na de datum van hun inwerkingtreding, overeenkomstig de artikelen 6/2, § 1, tweede lid, en 7, § 1, derde lid, van de wet van 29 april 1999.

Aangezien de artikelen 3 en 7 van het te nemen besluit, alsook het ontworpen artikel 14/6, derde lid, geen rechtsgrond vinden in de zo-even aangehaalde wetsbepalingen, is het raadzaam ze uit te zonderen van die bekrachtiging. Uit artikel 7, § 1, vierde lid, van de wet van 29 april 1999 blijkt immers dat het de bedoeling is dat de onderdelen van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 waarvoor geen bekrachtiging vereist is, verder door de Koning kunnen worden gewijzigd, vervangen of opgeheven.¹

¹ Een bekrachtiging van de onderdelen waarvoor geen bekrachtiging vereist is, zou kunnen worden begrepen als een latere wilsuiking dan het voormelde vierde lid, waardoor alsnog een optreden van de wetgever zou zijn vereist voor de latere wijziging, vervanging of opheffing ervan.

VORMVEREISTEN

5. Bij de invoering van artikel 6/2 van de wet van 29 april 1999 maakte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende voorbehoud met betrekking tot staatssteun:

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

3.1. De regeling voorziet in de eerste plaats in een vergoeding van de domeinconcessiehouders ingeval het MOG onbeschikbaar is. Een dergelijke onbeschikbaarheid kan belangrijke schade veroorzaken voor de betrokken domeinconcessiehouders. Die schade is echter niet noodzakelijk toe te rekenen aan de overheid en reflecteert tot op zekere hoogte ook het economische risico, dat bij een concessie logischerwijze moet overgaan op de concessiehouders. De ontworpen vergoedingregeling, gefinancierd met overheidsmiddelen,² kent bijgevolg een voordeel toe aan specifieke ondernemingen.³ Gelet op het gegeven dat de elektriciteit geproduceerd door de *offshore* windmolenparken wordt geïnjecteerd in een transmissiesysteem met grensoverschrijdende connecties, kan dit de mededinging op de gemeenschappelijke elektriciteitsmarkt verstoren en dus ook een impact hebben op de interstatelijke handel. Het gaat dan ook om potentiële staatssteun.

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

Er wordt weliswaar bepaald dat de Koning kan vastleggen in welke mate het financieringsmechanisme van toepassing is bij zware of opzettelijke fout van de netbeheerder, en dat in dat geval de vergoeding proportioneel zal worden berekend op grond van de jaarlijkse vergoeding die de transmissienetbeheerder van het MOG geniet. Niettemin impliceert dit dat bij elke andere reden voor de onbeschikbaarheid, het risico volledig overgaat op de Staat, en dat zelfs bij zware of opzettelijke fout een zekere mate van overheidstussenkomen niet is uitgesloten. Op die manier wordt een staatsgarantie toegekend aan de beheerder van het transmissienet, zonder dat daar een vergoeding tegenover staat.

Daaruit volgt dat aan een specifieke onderneming, de netbeheerder van het MOG, een voordeel wordt toegekend dat met staatsmiddelen wordt gefinancierd.

3.3. Gelet op wat voorafgaat moet het ontwerp worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van

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

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

de Europese Unie (VWEU), tenzij de stellers van het ontwerp zich op een vrijstellingsregeling zouden kunnen beroepen.”⁴

In de memorie van toelichting bij dat wetsontwerp is toen als volgt geantwoord op die opmerking:

“Tenslotte, in antwoord op de opmerking van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State die meent dat de vergoedingsregeling in het ontwerp een mechanisme van Staatssteun is, dient benadrukt te worden dat het ontwerp grondig nagekeken werd, dat het de financiering van het mechanisme niet meer voorziet aan de hand van een overbelasting of afname, maar wel – zoals hierboven verduidelijkt – door het feit dat de nettarieven goedgekeurd zijn door de CREG in lijn met de tariefmethodologie. Hoe dan ook, om moeilijkheden te vermijden in verband met de hoedanigheid van het vergoedingsmechanisme en de financiering ervan, zal die ter bekrachtiging genotificeerd worden aan de Europese Commissie, overeenkomstig artikel 108, § 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Die notificatie heeft eveneens betrekking op het ontwerp van koninklijk besluit tot regeling van de vergoedingsregeling.”⁵

Van die aanmelding en van het antwoord van de Europese Commissie moet melding worden gemaakt in de aanhef van het te nemen besluit.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

6. Voor de bij artikel 4 van het ontwerp in te voegen bepalingen wordt ten onrechte de schuinestreeppnummering gebruikt. Aangezien het de bedoeling is ze in te voegen in een nieuw hoofdstuk III*bis* (lees: III/1)⁶ en ze moeten aansluiten op het huidige artikel 14*terdecies*, moeten ze worden ingevoegd als de artikelen 14*quaterdecies*, 14*quinqüesdecies*, enzovoort.

Het is overigens niet mogelijk om ze in te voegen in een nieuwe afdeling I/1, om ze met behoud van de schuinestreeppnummering te laten aansluiten op het huidige artikel 14, aangezien de opeenvolging van de artikelen 14/1, 14/2, enz. en vervolgens de artikelen 14*bis*, 14*ter*, enz., verwarrend zou werken.

7. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 14/2 (lees: 14*quinqüesdecies*), § 4, moet de vermelding “§ 4” worden toegevoegd.

⁴ Adv.RvS 60.379/3 van 9 december 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 juli 2017 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, met het oog op het instellen van een wettelijk kader voor het Modular Offshore Grid’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2489/001, 31-32.

⁵ *Ibid.*, 9-10.

⁶ Er is immers nog geen hoofdstuk ingevoegd tussen de huidige hoofdstukken III en IV.

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

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

Artikel 5

9. In artikel 5, 2°, van het ontwerp moet niet de omschrijving van de indexletter “i” worden gewijzigd, maar die van de indexletter “j”. De indexletter “i” heeft immers betrekking op de gewestelijke steunregelingen, terwijl de indexletter “j” betrekking heeft op het systeem van artikel 14 van het koninklijk besluit van 16 juli 2002.

Artikel 7

10. In artikel 7 van het ontwerp schrijve men “artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt” in plaats van “artikel 6 van de wet”.⁷

11. In de Nederlandse tekst van artikel 7 van het ontwerp moet het woord “correctiefactor” worden vervangen door het woord “correctiefactor”.

*

⁷ De definitie van “de wet” in artikel 1, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 geldt immers niet voor deze autonome bepaling.

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 la date limite à laquelle les différents éléments du *Modular Offshore Grid* (ci-après : MOG) doivent être mis en service, à savoir le 30 septembre 2019. Le projet prévoit un régime d'indemnisation pour le cas où cette date ne serait pas respectée, qui permet aux titulaires d'une concession de choisir entre un système de responsabilité objective (avec une indemnisation moins élevée, également en cas de force majeure) et un système de responsabilité pour faute (avec indemnisation de tous les dégâts, mais pas d'indemnisation en cas de force majeure). Ce nouveau régime est inséré dans l'arrêté royal (confirmé) du 16 juillet 2002 'relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables', dont l'intitulé est dès lors complété par les mots « et l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale offshore en cas d'indisponibilité du Modular Offshore Grid ».

En outre, quelques modifications sont apportées au même arrêté, d'une part, pour tenir compte du nouveau régime d'indemnisation et, d'autre part, pour tenir compte, lors du calcul des coûts de la surcharge certificats verts, des coûts liés aux avances visées à l'article 14, § 1^{er}septies, de cet arrêté pour l'électricité produite par les installations visées à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, 1^oquater, de cet arrêté (installations dont le *financial close* intervient à partir du 1^{er} juillet 2018).

FONDEMENT JURIDIQUE

3. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans les articles 6/2 et 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité', plus précisément comme il est exposé ci-après.

3.1. L'article 6/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 29 avril 1999 procure le fondement juridique à l'article 14/1, en projet, qui fixe la date limite de mise en service des éléments du MOG.

3.2. L'article 6/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 29 avril 1999 procure – sous réserve des observations suivantes – un fondement juridique pour l'instauration d'un système d'indemnisation en cas d'indisponibilité du MOG (articles 14/2 à 14/8 en projet). Le fait que les titulaires de concession ont le choix entre deux variantes, de sorte qu'il existe donc en réalité deux systèmes d'indemnisation, n'est pas contraire à l'habilitation conférée au Roi de mettre en place « un dispositif d'indemnisation ».

En ce qui concerne la possibilité que l'article 14/4, § 4, en projet, offre au gestionnaire du réseau de récupérer cette indemnisation (par l'application de certains plafonds) auprès du titulaire d'une concession domaniale qui a causé l'indisponibilité du MOG par une faute lourde ou intentionnelle, on peut se fonder sur le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec l'article 6/2, § 2, de la loi du 29 avril 1999.

Le fondement juridique de l'article 14/6, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, qui prévoit, en cas d'indisponibilité, de verser anticipativement une partie déterminée de l'avance visée à l'article 14, § 1^{er} septies, alinéa 3, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, doit être recherché dans l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 29 avril 1999. En effet, le régime en projet n'est pas, en soi, un dispositif d'indemnisation au sens de l'article 6/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi précitée, mais bien un aspect de la réglementation du prix minimal au sens de la disposition légale citée en premier.

3.3. Le fondement juridique des adaptations que l'article 3 de l'arrêté en projet apporte aux conditions d'octroi des certificats verts et du régime transitoire prévu à l'article 7 de l'arrêté en projet, est procuré par l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 29 avril 1999.

3.4. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 29 avril 1999 procure le fondement juridique des adaptations au mode de calcul et aux modalités de la surcharge certificats verts (articles 5 et 6 du projet).

4. Les dispositions à adopter en exécution, tant de l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, que de l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o (mais pas son 1^o), de la loi du 29 avril 1999, doivent être confirmées dans les douze mois de leur date d'entrée en vigueur, conformément aux articles 6/2, § 1^{er}, alinéa 2, et 7, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999.

Dès lors que les articles 3 et 7 de l'arrêté envisagé, ainsi que l'article 14/6, alinéa 3, en projet, ne trouvent pas de fondement juridique dans les dispositions légales précitées, il est conseillé de les exclure de cette confirmation. Il ressort en effet de l'article 7, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi du 29 avril 1999 qu'il s'agit que les dispositions de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 pour lesquelles aucune confirmation n'est requise, puissent par la suite être modifiées, remplacées ou abrogées ¹ par le Roi.

FORMALITÉS

5. En ce qui concerne l'insertion de l'article 6/2 de la loi du 29 avril 1999, le Conseil d'État, section de législation, a émis les réserves suivantes concernant les aides d'État :

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

3.1. Le régime prévoit tout d'abord une indemnisation des titulaires d'une concession domaniale en cas d'indisponibilité du MGO. Une telle indisponibilité peut

¹ Une confirmation des dispositions qui n'en requièrent pas pourrait être interprétée comme une manifestation de la volonté ultérieure à ce que prévoit l'alinéa 4 précité, ayant ainsi pour conséquence qu'une intervention du législateur pourrait encore être requise pour leur modification, remplacement ou abrogation.

engendrer des dommages importants pour les titulaires d'une concession domaniale concernés. Ces dommages ne sont cependant pas nécessairement imputables à l'autorité et reflètent aussi, dans une certaine mesure, le risque économique, qui pour une concession doit logiquement être reporté sur ses titulaires. Le régime d'indemnisation en projet, financé au moyen de ressources d'État², accorde par conséquent un avantage à des entreprises spécifiques³. Étant donné que l'électricité produite par les parcs éoliens *offshore* est injectée dans un réseau de transport disposant de connexions transfrontalières, il peut en résulter des distorsions de concurrence sur le marché communautaire de l'électricité et donc également un impact sur le commerce interétatique. Il s'agit dès lors d'une aide d'État potentielle.

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

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

Il s'ensuit qu'un avantage, qui est financé au moyen de ressources d'État, est accordé à une entreprise spécifique, le gestionnaire du réseau du MOG.

3.3. Compte tenu de ce qui précède, le projet doit être notifié à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à moins que les auteurs du projet ne puissent invoquer un régime d'exemption »⁴.

À l'époque, l'exposé des motifs de ce projet de loi a répondu à cette observation en ces termes :

« Enfin, en réponse à la remarque de la section de législation du Conseil qui jugeait le régime d'indemnisation figurant dans le projet comme constituant un mécanisme d'aide d'État et suggérait dès lors de le notifier à la Commission européenne,

² Note 2 de l'avis cité : Une surcharge obligatoire appliquée sur les tarifs, même si celle-ci est à la charge des clients des gestionnaires de réseau, peut être imputée à l'autorité, de sorte qu'il y a lieu de considérer le régime de soutien comme une mesure financée au moyen de ressources d'État (voir dans ce sens Trib., 10 mai 2016, T-47/15, Allemagne/Commission, points 34-42). De même, la deuxième option prévue à l'article 6/2, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité, à savoir « un prélèvement sur l'ensemble, ou des catégories objectivement définies, de consommateurs d'énergie ou d'opérateurs sur le marché », est un impôt, de sorte que dans cette hypothèse également, le financement a lieu au moyen de ressources d'État.

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

⁴ Avis C.E. 60.379/3 du 9 décembre 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juillet 2017 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en vue d'établir un cadre légal pour le Modular Offshore Grid', *Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2489/001, pp. 31-32.

il convient de souligner que le projet a été profondément revu, en ce qu'il ne prévoit plus le financement du mécanisme par le biais d'une surcharge ou d'un prélèvement, mais bien – comme précisé ci-avant – par les tarifs de réseau approuvés par la CREG, conformément à la méthodologie tarifaire. Quoi qu'il en soit, afin d'éviter toute difficulté quant à la qualification du mécanisme d'indemnisation et de son financement, celui-ci fera l'objet d'une notification à la Commission européenne pour validation, conformément à l'article 108, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette notification portera également sur le projet d'arrêté royal établissant le dispositif d'indemnisation »⁵.

Le préambule de l'arrêté envisagé doit mentionner cette notification et la réponse de la Commission européenne.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

6. En ce qui concerne les dispositions que l'article 4 du projet doit insérer, la numérotation par barre oblique est utilisée à tort. Dès lors que l'intention est de les insérer dans un nouveau chapitre *IIIbis* (lire : *III/1*)⁶ et qu'elles doivent se rattacher à l'article 14*terdecies* actuel, elles doivent être insérées comme les articles 14*quaterdecies*, 14*quinquiesdecies*, etc.

Il n'est d'ailleurs pas possible de les insérer dans une nouvelle section *I/1*, pour les rattacher, en maintenant la numérotation par barre oblique, à l'actuel article 14, étant donné que la succession des articles 14/1, 14/2, etc. et ensuite des articles 14*bis*, 14*ter*, etc. pourrait prêter à confusion.

7. Dans le texte néerlandais de l'article 14/2 (lire : 14*quinquiesdecies*), § 4, en projet, il convient d'ajouter la mention « § 4 ».

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

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

⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁶ En effet, il n'y a pas encore de chapitre inséré entre les chapitres III et IV actuels.

Article 5

9. À l'article 5, 2°, du projet, ce n'est pas la définition du *littera* « i » qui doit être modifiée, mais celle du *littera* « j ». En effet, le *littera* « i » concerne les régimes d'aides régionales, alors que le *littera* « j » porte sur le système prévu à l'article 14 de l'arrêté royal du 16 juillet 2002.

Article 7

10. À l'article 7 du projet, on écrira « l'article 6 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité » au lieu de « l'article 6 de la loi »⁷.

11. Dans le texte néerlandais de l'article 7 du projet, on remplacera le mot « correctiefactor » par le mot « correctiefactor ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁷ En effet, la définition de « la loi » figurant à l'article 1^{er}, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 ne s'applique pas à cette disposition autonome.