

Raad van State
afdeling Wetgeving

Advies 73.306/3 van 28 april 2023 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 en de vergoeding van de houders van een offshore domeinconcessie in geval van onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid'

Op 22 maart 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 28 april 2023, 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 en de vergoeding van de houders van een offshore domeinconcessie in geval van onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 april 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen Van Nieuwenhove, kamervoorzitter, Koen Muylle en Toon Moonen, staatsraden, Jan Velaers en Bruno Peeters, assessoren, en Annemie Goossens, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim Corthaut, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Toon Moonen, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 april 2023.

*

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 wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 'betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen en de vergoeding van de

houders van een offshore domeinconcessie in geval van onbeschikbaarheid van het Modular Offshore Grid'. De wijziging is erop gericht om het ondersteuningsmechanisme te doen evolueren naar een "2-sided contract for difference" (hierna: 2-sided CFD).

Artikel 1 van het ontwerp wijzigt enkele definities in artikel 1 van het koninklijk besluit van 16 juli 2002. Artikel 2 van het ontwerp voegt in artikel 10 van hetzelfde besluit in dat de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) uitdrukkelijk de startdatum bepaalt vanaf wanneer men recht heeft op groenestroomcertificaten. Artikel 3 wijzigt artikel 11 van hetzelfde besluit met het oog op een maandelijks opvolging van de productiegegevens en het daarmee samenhangende recht op groenestroomcertificaten, of de plicht tot terugbetaling (wanneer die groenestroomcertificaten een negatieve waarde krijgen).

Teneinde de minimumprijs waartegen de netbeheerder groenestroomcertificaten moet aankopen voor bepaalde windmolenparken te indexeren, wordt de *Levelized Cost of Energy* (hierna: LCOE(1)), die een berekeningselement van die minimumprijs vormt, gedeeltelijk geïndexeerd.(2) Artikel 4 van het ontwerp wijzigt met dat doel artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 voor de windmolenparken waarvan de *financial close* plaatsvond van 1 mei 2016 tot 30 juni 2018, terwijl artikel 5 van het ontwerp een analoge wijziging aanbrengt in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oquater, van hetzelfde besluit, voor de windmolenparken met een *financial close* vanaf 1 juli 2018.

Artikel 6 van het ontwerp voegt in artikel 14, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 een nieuw derde en vierde lid in, waarin een betaalverplichting wordt opgelegd aan de domeinconcessiehouders indien de minimumprijs (na eventuele verhogingen) van groenestroomcertificaten lager is dan —20 EUR/MWh (met andere woorden: een betalingsverplichting ten belope van het deel van de inkomsten boven de gedeeltelijk te indexeren LCOE en de kabeltoeslag, verhoogd met 20 EUR/MWh).

Artikel 7 van het ontwerp wijzigt artikel 14, § 1, derde lid (dat het vijfde lid wordt), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 om de steunperiode voor de domeinconcessies bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter en 1^oquater, van dat besluit met (maximaal) twee jaar te verlengen.

Voor het overige wijzigt artikel 8 van het ontwerp artikel 14, § 1, vierde lid (dat het zesde lid wordt), van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 om ervoor te zorgen dat het contract tussen de domeinconcessiehouder en de netbeheerder de LCOE op het tijdstip van *financial close* en de nieuw ingevoerde betalingsverplichting bevat. Artikel 9 van het ontwerp corrigeert een kruisverwijzing in artikel 14, § 1ter/1, van hetzelfde besluit. Bij artikel 10 van het ontwerp wordt de voorschotregeling in artikel 14, § 1septies, van hetzelfde besluit herzien. Artikel 11 van het ontwerp vervangt op zijn beurt artikel 14, § 1octies, van hetzelfde besluit met betrekking tot de volume- en prijsafrekening. Ten slotte wijzigen de artikelen 12 tot 16 van het ontwerp respectievelijk artikel 14quinquiesdecies, artikel 14septiesdecies, artikel 14noviesdecies, artikel 14vicies en artikel 14viciessemel van hetzelfde besluit, teneinde de bepalingen betreffende het *Modular Offshore Grid* in overeenstemming te brengen met de voorgaande wijzigingen.

Krachtens artikel 17 van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking op de datum van bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' op basis waarvan de Koning maatregelen van marktorganisatie kan vaststellen.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp wijzigt een regeling die als staatssteun kan worden beschouwd, zodat het in principe moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Krachtens artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dient de Europese Commissie immers van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte te worden gebracht. Het ontwerp maakt geen melding van een dergelijke aanmelding. Aan dat vormvereiste zal nog dienen te worden voldaan, zodat aan het te nemen koninklijk besluit geen uitvoering kan worden gegeven voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Daarnaar gevraagd antwoordde de gemachtigde:

“De nota aan de ministerraad voorzag wel degelijk dat het gewijzigde steunregime slechts in werking zou treden na goedkeuring door de EC als volgt: ‘1.7 De omschakeling naar een 2sCfD systeem is onderh[e]vig aan een goedkeuring door de Europese Commissie in het kader van staatssteun.’”

Voorts formuleerde de gemachtigde een tekstvoorstel tot aanpassing van artikel 17 van het ontwerp teneinde het te nemen besluit in werking te laten treden na de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*, door de minister bevoegd voor energie, van een bericht waarin wordt bevestigd dat de Europese Commissie de ontworpen regeling verenigbaar heeft verklaard met de staatssteunregels of dat de termijnen voor het onderzoek door de Europese Commissie zijn verstreken. In dat tekstvoorstel wordt evenwel niet bepaald wanneer het te nemen besluit in werking treedt na de bekendmaking van dat bericht. Het is dan ook beter om de inwerkingtredingsbepaling over te nemen van het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarover advies 73.304/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies, en die (in een aangepaste versie) luidt als volgt:

“[Dit besluit] treedt in werking tien dagen na de [bekendmaking] in het *Belgisch Staatsblad* van een bericht waaruit het volgende blijkt:

1° de kennisgeving van de beslissing van de Europese Commissie dat 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(...)

2° het verstrijken van de termijnen bedoeld in 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.

De [minister bevoegd voor energie] [maakt] een dergelijk bericht in het *Belgisch Staatsblad* [bekend] uiterlijk tien dagen na ontvangst van die beslissing van de Europese Commissie dan wel binnen tien dagen na het verstrijken van die termijn.”

Deze werkwijze kan enkel worden gevolgd indien de beslissing van de Europese Commissie geen aanleiding geeft tot een aanpassing van het te nemen besluit. Indien die beslissing voorwaardelijk is geformuleerd en die voorwaarden nopen tot een aanpassing van het te nemen besluit, zal een aangepaste tekst of een ontwerp van wijzigingsbesluit (opnieuw) om advies moeten worden voorgelegd aan de Raad van State. Indien eventuele voorwaarden in de beslissing van de Europese Commissie nopen tot een aanpassing van het te nemen besluit middels een later wijzigingsbesluit, zal ook deze inwerkingtredingsbepaling in het te nemen besluit moeten worden vervangen opdat het alsnog in werking kan treden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁽³⁾ 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Gelet op de techniciteit en het belang van het ontwerp, verdient het aanbeveling om samen met het te nemen besluit een verslag aan de Koning bekend te maken waarin de bedoelingen van de stellers van het ontwerp worden verduidelijkt en waarin de gemaakte keuzes worden verantwoord (zie in dat verband ook opmerking 9).

6.1. In de mate dat voortaan in bepaalde omstandigheden, en anders dan voorheen, in hoofde van domeinconcessiehouders een betalingsplicht kan ontstaan (artikel 6 van het ontwerp), kan de beoogde hervorming voor hen ernstige negatieve gevolgen hebben. Dat kan vragen doen rijzen met betrekking tot het vertrouwensbeginsel of het beginsel van de bescherming van legitieme verwachtingen.

6.2. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, eerder reeds heeft opgemerkt, geldt als uitgangspunt dat de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid inherent zijn aan het begrip zelf van een democratische samenleving.⁽⁴⁾ Dit betekent op zich evenwel niet dat, wat de voorwaarden van een subsidiestelsel betreft, de burgers het vertrouwensbeginsel zouden kunnen inroepen om de handhaving ervan te eisen, of dat, zoals te dezen, domeinconcessiehouders de legitieme verwachting zouden kunnen hebben dat het ondersteuningsmechanisme onveranderd zou blijven bij gewijzigde omstandigheden. De Koning kan integendeel, in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid, dat stelsel voor de toekomst wijzigen. Wel moet hij rekening houden met de impact van de wijzigingen op al aangeane investeringen.⁽⁵⁾

Uit de analyse van de CREG(6), op wier voorstel het ontwerp gelet op artikel 7, § 1, eerste lid, van de wet van 29 april 1999 tot stand kwam, blijkt dat er rekening houdend met de extreme marktomstandigheden van de voorbije jaren goede redenen zijn om het ondersteuningsmechanisme te herzien en te evolueren naar een 2-sided CFD-model. Bovendien voorziet het ontwerp in compensaties voor de domeinconcessiehouders. Zo ontstaat de betalingsplicht slechts op het ogenblik dat de minimumprijs van groenestroomcertificaten lager komt te liggen dan -20 EUR/MWh(7) (artikel 6 van het ontwerp) en wordt de ondersteuningsperiode verlengd (artikel 7 van het ontwerp).

Er kan dan ook worden aangenomen dat de ontworpen regeling niet in strijd is met het vertrouwensbeginsel en het beginsel van de bescherming van legitieme verwachtingen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

7. In artikel 1 van het ontwerp dient te worden geschreven "In artikel 1, § 2" in de plaats van "In artikel 1".

8. De gemachtigde gaf aan dat in de Nederlandse tekst van artikel 1, 1°, van het ontwerp zou moeten worden geschreven "van de uurlijkse noteringen" in de plaats van "van de dagnoteringen". Nochtans worden de woorden "van de dagnoteringen" er louter aangehaald om aan te geven waar de in artikel 1, 1° van het ontwerp bedoelde invoeging in artikel 1, § 2, 11°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 precies dient te gebeuren. De woorden "van de uurlijkse noteringen" komen in de Nederlandse tekst van die bepaling niet voor, en al evenmin in de Franse tekst.

Bijgevolg lijkt er geen reden te zijn om in artikel 1, 1°, van het ontwerp te verwijzen naar de "uurlijkse noteringen". Mocht het de bedoeling zijn om de woorden "van de dagnoteringen" in het koninklijk besluit van 16 juli 2002 te wijzigen in "van de uurlijkse noteringen", dan dient dat overeenkomstig tot uiting te worden gebracht in het ontwerp.

Artikelen 4 en 5

9. De wijziging van artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter en 1^oquater, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 4 van het ontwerp) maakt het mogelijk om de minimumprijs waartegen de netbeheerder groenestroomcertificaten moet aankopen te indexeren, doordat voortaan 30% van de LCOE wordt aangepast aan de stijging van de consumenten-prijsindex.

Gevraagd waarom werd gekozen voor een indexering van de LCOE ten belope van 30%, antwoordde de gemachtigde:

"In dat opzicht lijkt er op te kunnen worden gewezen dat 30% overeenkomt met het aandeel van de exploitatiekosten binnen de kostenstructuur van de parken, die wel wordt geïndexeerd, enkel voor zover de stijging van de index groter is dan gemiddeld 2% per jaar. Omgekeerd, wordt 70% van de LCOE en kabeltoeslag niet geïndexeerd. Hieromtrent kan misschien nog [worden] verduidelijkt dat de bouwkosten reeds gemaakt en betaald zijn aangezien de bouw voltooid is."

Het verdient aanbeveling deze motivering op te nemen in het verslag aan de Koning (zie daarover opmerking 5).

10. In het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter, eerste streepje, a), tweede streepje, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (artikel 4, 2°, van het ontwerp) dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven "van 1 september 2016" in de plaats van "du 1^{er} september 2016".

11. Gevraagd naar het resultaat dat met artikel 4, 3°, en artikel 5, 4°, van het ontwerp wordt nagestreefd, antwoordde de gemachtigde dat die er in overeenstemming met het voorstel van de CREG toe strekken te bepalen dat de correctiefactor vastgesteld per domeinconcessie niet hoger mag zijn dan 100%.

Die bepalingen dienen in dat licht beide als volgt te worden geredigeerd:

"in het tweede streepje wordt de zinsnede 'de correctiefactor gelijk is aan 0,10' vervangen door de zinsnede 'de correctiefactor niet meer dan 100% mag bedragen'".

Artikel 6

12. In het ontworpen artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 wordt een betalingsplicht in hoofde van de domeinconcessiehouder in het leven geroepen wanneer de minimumprijs van groenestroomcertificaten "berekend overeenkomstig het tweede lid" kleiner is dan -20 EUR/MWh. Uit de formulering van die bepaling lijkt te volgen dat die betalingsplicht mogelijk ook van toepassing zou kunnen worden voor de domeinconcessiehouders bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^obis, van dat besluit, en niet enkel voor de

domeinconcessiehouders bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^oter en 1^oquater, van dat besluit, hoewel voor die concessiehouders verder niet in aanpassingen van de steunregeling wordt voorzien.

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of dat de bedoeling is.(8)

13. Nog in het ontworpen artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 wordt bepaald dat de domeinconcessiehouder het bedrag dat overeenstemt met de betalingsverplichting betaalt "binnen zestig dagen na het einde van de maand waarin de betreffende groenestroomcertificaten werden toegekend door de commissie". In navolging van een opmerking van de CREG(9) gevraagd of de domeinconcessiehouders aan de betalingsplicht zouden kunnen ontsnappen door (al dan niet tijdelijk) geen groenestroomcertificaten aan te vragen, deelde de gemachtigde het volgende mee:

"Er moet op gewezen dat de betalingsverplichting vervat in artikel 14, § 1, vierde lid, eerste zin, van KB 16 juli 2002 niet afhankelijk is gemaakt van de uitreiking van een certificaat. Weliswaar wordt in het ontwerp besluit momenteel de termijn voor de betalingsverplichting inderdaad gekoppeld aan die uitreiking van het certificaat dat in principe slechts kan worden uitgereikt door de CREG nadat daartoe rechtmatig een aanvraag vanwege de concessiehouder werd ontvangen.

Er zullen ook nieuwe informatieverplichtingen voor de domeinconcessiehouder voortvloeien maandelijks uit dit ontwerp KB die de berekening door de CREG van de betalingsverplichting faciliteren. Zo wordt bij artikel 3 van het ontwerp KB wordt wel voorgeschreven dat de domeinconcessiehouder de productiegegevens van de vorige maand verstrekt aan de commissie (middels een wijziging van artikel 11 van het KB van 16 juli 2002). En zo wordt in artikel 14, § 1, zesde lid (het aangepaste ouder vierde lid) ook voorzien de betalingsverplichting ook het voorwerp moet uitmaken van een contract tussen concessiehouder en Elia (goed te keuren door de CREG), waarbij dat contract alle nodige procedures en modaliteiten moet bevatten om die berekening van de betalingsverplichting mogelijk te maken.

In het licht van bovenstaande wordt volgende aanpassing voorgesteld:

'De domeinconcessiehouder betaalt dit bedrag binnen zestig dagen na het einde van de maand waarin de betreffende kennisgeving vanwege de commissie heeft plaats gevonden, bedoeld in artikel 11, eerste lid.'

Op die manier wordt de betalingstermijn niet langer gekoppeld aan het tijdstip van uitreiking van certificaten, maar wel aan het tijdstip waarop de CREG een kennisgeving verricht (na haar berekening) aan de netbeheerder en de concessiehouder van het bestaan van een betalingsverplichting.

In die context lijkt het ook aangewezen om in artikel 11 KB 16 juli 2002 volgende wijziging aan te brengen (cfr. artikel 3, 3^o van het wijzigingsbesluit):

'Indien de houder van een domeinconcessie overeenkomstig artikel 14, § 1, vierde lid, een betaling aan de netbeheerder moet verrichten, brengt de commissie de netbeheerder en de domeinconcessiehouder op de hoogte.'

Met die oplossing kan worden ingestemd.

14. In de vierde zin van het ontworpen artikel 14, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet geheel overeen. In de Nederlandse tekst leest men dat de in dat lid bedoelde betalingsverplichting een einde neemt "op dezelfde datum zoals bepaald in het vijfde lid", terwijl de Franse tekst luidt "à la même date que l'obligation d'achat des certificats verts, telle que déterminée à l'alinéa 5".

Die discordantie moet worden verholpen.

Artikel 11

15. In de tweede zin van het ontworpen artikel 14, § 1octies, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven "gelijk is aan nul" in de plaats van "gelijk is aan nul is". In de zesde zin dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven "overeenkomstig paragraaf 1, vierde lid," in de plaats van "overeenkomstig paragraaf 1, vierde lid, ,".

In dezelfde ontworpen bepaling stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet geheel overeen. In de vierde zin luidt de Nederlandse tekst, anders dan de Franse, dat "ook" een verslag wordt gemaakt over de afrekening betreffende het volume en de resterende afrekening betreffende de prijs. Belangrijker nog lijkt te zijn dat in de vijfde zin, *in fine*, de Nederlandse tekst bepaalt dat "de veronderstelde elektriciteitsproductie" desgevallend dient te worden verminderd "overeenkomstig

het *tweede* lid”, terwijl de Franse tekst zulks vooropstelt “conformément au *présent* alinéa”.

Die discordanties moeten worden verholpen.

De Griffier,
Annemie GOOSSENS

De Voorzitter,
Jeroen VAN NIEUWENHOVE

Nota's

(1) De LCOE wordt in artikel 2, 118°, van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' gedefinieerd als "genormaliseerde energiekosten ('Levelized Cost of Energy'), namelijk een waarde, al dan niet het resultaat van een formule, zoals bepaald in de toepasselijke productiesteunregeling, die de investeringskosten en de kosten van exploitatie dekt".

(2) Een vergelijkbaar indexeringsmechanisme wordt ingevoerd voor de kabeltoeslag, die het voorwerp uitmaakt van het voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt', waarover advies 73.304/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies.

(3) Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

(4) Adv.RvS 72.211/3 van 28 november 2022 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest 'tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het stelsel van de groenestroomcertificaten', opmerking 4.2.

(5) Vgl. adv.RvS 51.535/3 van 18 juni 2012 over een voorstel dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 13 juli 2012 'houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie', *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1639/2, 11, opmerking 8.1.

(6) Voorstel van de CREG van 26 januari 2023 (C) 2498.

(7) Wat de bijkomende marge voor de domeinconcessiehouders van -20 EUR/MWh betreft, worden de bedenkingen van de CREG in het ontwerp overigens niet bijgetreden. De CREG vindt noch in het behoud van een gunstig investeringsklimaat, noch in de wens om de domeinconcessiehouders in staat te stellen om onvoorziene risico's het hoofd te blijven bieden daarvoor een voldoende verantwoording.

(8) Voor de domeinconcessiehouders bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1^o*bis*, van het besluit wordt alleszins niet voorzien in de indexering van de minimumprijs (artikel 4 van het ontwerp) en in de verlenging van de ondersteuningsperiode (artikel 7 van het ontwerp).

(9) Voorstel van de CREG van 26 januari 2023, (C) 2498, 9-10.