



RAAD VAN STATE  
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT  
section de législation

advies 72.695/3  
van 3 januari 2023

avis 72.695/3  
du 3 janvier 2023

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 en  
de vergoeding van de houders van  
een offshore domeinconcessie in  
geval van onbeschikbaarheid van  
het Modular Offshore Grid’

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 et l’indemnisation  
des titulaires d’une concession  
domaniale offshore en cas  
d’indisponibilité du Modular  
Offshore Grid’

Op 7 december 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen 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 20 december 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 januari 2023.

\*

Le 7 décembre 2022, 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, 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 et l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale offshore en cas d'indisponibilité du Modular Offshore Grid’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 20 décembre 2022. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 janvier 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 de vaststelling van een nieuwe referentieprijs en van een nieuwe berekeningswijze van de correctiefactor, die allebei gebruikt worden om de minimumprijs te berekenen in het kader van de ondersteuning van de offshore windproductie. Daartoe wordt 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’ gewijzigd. Aanleiding voor het ontwerp zijn de gestegen risico's, gelet op de lagere productie en de hogere prijsvolatiliteit op de elektriciteitsmarkten, voor de *offtakers* van de elektriciteit van die windmolenparken in het kader van *power purchasing agreements* (hierna: PPA) waarvan de voorwaarden rechtstreeks geënt zijn op de voorwaarden van het koninklijk besluit van 16 juli 2002.

Artikel 1 van het ontwerp strekt tot de vervanging van de definitie van de term “elektriciteitsreferentieprijs” in artikel 1, 11°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, die niet langer wordt bepaald op basis van historische prijzen, maar op basis van het gemiddelde, uitgedrukt in euro per MWh, van de uurlijkse noteringen van de maand M op de day-aheadmarkt voor de Belgische regelzone, zoals gepubliceerd door een Nemo<sup>1</sup> die in België actief is en op basis waarvan de prijs voor elektriciteit wordt vastgelegd in het contract voor de aankoop van elektriciteit aangegaan door de domeinconcessiehouder. Artikel 2 wijzigt artikel 14, § 1, tweede lid, van hetzelfde besluit teneinde de toe te passen correctiefactor voortaan maandelijks te laten berekenen door de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG). Dat geeft ook aanleiding tot aanpassingen in artikel 14, § 1<sup>ter</sup>/1, van hetzelfde besluit (artikel 3). Artikel 4 strekt tot wijziging van de voorschotregeling in artikel 14, § 1<sup>septies</sup>, van hetzelfde besluit, aangezien die maandelijks moet worden berekend omwille van de correctiefactor, wat dan weer aanleiding geeft tot technische wijzigingen in artikel 14, § 1<sup>octies</sup>, van hetzelfde besluit (artikel 5) en artikel 14<sup>vicies</sup>, § 3, van hetzelfde besluit (artikel 6).

Artikel 7 bepaalt de inwerkingtreding van het te nemen besluit op de tiende dag na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van een bericht waaruit blijkt dat de Europese Commissie zich niet heeft verzet tegen de ontworpen regeling.

---

<sup>1</sup> *Nominated Electricity Market Operator*; zie ook artikel 1, § 2, 13°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002.

Artikel 8 bevat een overgangsregeling, waarbij voor de installaties die het voorwerp zijn van een domeinconcessie als bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ en die tussen 1 mei 2016<sup>2</sup> en de inwerkingtreding van het te nemen besluit hun eerste *financial close* realiseren, de bestaande regeling blijft gelden totdat de CREG formeel akte heeft genomen van de datum waarop de aan de nieuwe regeling aangepaste PPA's van toepassing worden.

### RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999. Artikel 7, § 2, van dezelfde wet, waarnaar eveneens wordt verwezen in de aanhef, is relevant voor de ontworpen regeling, maar biedt geen bijkomende rechtsgrond, ook niet gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet (algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning), waarnaar wordt verwezen in het eerste lid van de aanhef.

### VORMVEREISTEN

4. De voorliggende regeling brengt belangrijke wijzigingen aan in een staatssteunregeling. Daar komt nog bij dat die wijzigingen, die weliswaar formeel worden aangebracht in de steunregeling voor de windmolenparken, in werkelijkheid lijken te zijn ingegeven door de economische positie van de *offtakers*, wat een nieuwe dimensie geeft aan die steunregeling.

Mede gelet op de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding, moet de maatregel vooraf worden aangemeld met toepassing van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Niet-aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),<sup>3</sup> en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,<sup>4</sup> zonder dat de begunstigden van de steun zich op gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.<sup>5</sup> De nationale rechter – in

---

<sup>2</sup> Die datum stemt overeen met de startdatum van de steunregeling bedoeld in artikel 14, § 1, tweede lid, 1<sup>o</sup>*ter*, 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’, die verder wordt uitgewerkt in de door dit ontwerp te wijzigen bepalingen.

<sup>3</sup> HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, ECLI:EU:C:2011:814, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, ECLI:EU:C:1991:440, punt 17; 27 oktober 2005, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, *Distribution Casino France e.a.*, ECLI:EU:C:2005:657, punt 30; en 5 maart 2015, C-667/13, *Estado Português*, ECLI:EU:C:2015:151, punten 59 en 60.

<sup>4</sup> HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, ECLI:EU:C:2007:434, punt 61; HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*, ECLI:EU:C:2016:797, punten 98-101.

<sup>5</sup> HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*, ECLI:EU:C:1997:163; HvJ 29 april 2004, C-278/00, *Helleense Republiek*, ECLI:EU:C:2004:239, punt 108. Zie ook: N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; T. CORTHAUT, K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL (ed.), *EU Constitutional Law*, OUP, 2021, p. 299, nr. 9-028.

België ook het Grondwettelijk Hof<sup>6</sup> – is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.<sup>7</sup> Zelfs indien de Europese Commissie achteraf alsnog zou besluiten tot de verenigbaarheid van de staatssteunregeling met de interne markt, zullen de ontvangers van de staatssteun overigens verplicht worden om rente te betalen op de steun die ze voor die Commissiebeslissing hebben ontvangen.<sup>8</sup>

Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde stukken blijkt niet dat die aanmelding heeft plaatsgevonden. Uit artikel 7 van het ontwerp, dat de inwerkingtreding van het te nemen besluit afhankelijk maakt van een formele goedkeuring door de Europese Commissie of van een stilzwijgende goedkeuring door het verstrijken van de termijnen bedoeld in artikel 4 van verordening (EU) 2015/1589,<sup>9</sup> kan worden afgeleid dat de stellers van het ontwerp de ontworpen regeling wel degelijk zullen aanmelden en de ermee samenhangende *standstill*-verplichting in acht zullen nemen.

De gebruikte techniek voor inwerkingtreding roept niettemin vragen op vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid (zie daarover opmerking 9).

Bovendien moeten, indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van die aanmelding nog wijzigingen zou ondergaan,<sup>10</sup> 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 OPMERKING

5. Doorheen het ontwerp moet de wetsgeschiedenis worden aangevuld, zoals blijkt uit wat volgt:

- het huidige artikel 14, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 is laatst gewijzigd bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 17 augustus 2018 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’;

---

<sup>6</sup> GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2; GwH 17 juli 2014, nr. 106/2014, B.27.2; GwH 17 september 2015, nr. 114/2015, B.30.2.

<sup>7</sup> GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4; GwH 17 juli 2014, nr. 106/2014, B.27.2; GwH 5 februari 2015, nr. 15/2015, B.6.3 en B.6.4; GwH 17 september 2015, nr. 114/2015, B.30.2.

<sup>8</sup> HvJ 15 december 2022, C-470/20, AS *Veejam*, ECLI:EU:C:2022:981, punten 54-62.

<sup>9</sup> 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’. Daarbij moet worden opgemerkt dat artikel 4, lid 6, van die verordening niettemin vereist dat voor een lidstaat de steunmaatregel uitvoert er alsnog een notificatie moet gebeuren aan de Europese Commissie, die dan opnieuw 15 dagen heeft om alsnog een beslissing te nemen over het openen van een staatssteunonderzoek.

<sup>10</sup> 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.

- het huidige artikel 14, § 1<sup>ter</sup>/1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 is laatst gewijzigd bij artikel 3 van het koninklijk besluit van 11 februari 2019 ‘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 huidige artikel 14, §§ 1<sup>septies</sup> en 1<sup>octies</sup>, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 is toegevoegd bij artikel 6 van het koninklijk besluit van 17 augustus 2018;
- het huidige artikel 14<sup>vicies</sup>, § 3, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 is ingevoegd bij artikel 4 van het koninklijk besluit van 11 februari 2019.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Aanhef

6. Gelet op hetgeen is uiteengezet in opmerking 3, moet het eerste lid van de aanhef worden weggelaten en moet de vermelding van de rechtsgrond in het tweede lid van de aanhef worden beperkt tot artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999.

### Artikel 1

7. In het ontworpen artikel 1, 11°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002<sup>11</sup> wordt gewag gemaakt van “een NEMO die in België actief is”. Gelet op de bestaande definitie van de term “Nemo” (dus niet: “NEMO”) in artikel 1, § 2, 13°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 is de vermelding van de woorden “die in België actief is en” overbodig.

### Artikel 5

8. In het ontworpen artikel 14, § 1<sup>octies</sup>, eerste lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 moeten de vierkante haakjes rond het woord “trente” (in de Franse tekst) en rond het cijfer “30” (lees: “dertig”) (in de Nederlandse tekst) worden weggelaten. In de Nederlandse tekst moet bovendien het woord “regeling” in de laatste zin worden vervangen door het woord “vereffening”.

---

<sup>11</sup> Overigens wordt in de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 1 van het ontwerp de datum van dit koninklijk besluit niet vermeld.

### Artikel 7

9. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 4, blijkt uit artikel 7 van het ontwerp dat de stellers ervan de inwerkingtreding van het te nemen besluit afhankelijk willen maken van de goedkeuring door de Europese Commissie over de ontworpen steunmaatregel of van het verstrijken van de beslissingstermijn. Die werkwijze is echter hoogst rechtsonzeker.

9.1. De begunstigden van de steunmaatregel kunnen hoe dan ook slechts voorwaardelijk hun plannen voorbereiden op de toekomstige steun, aangezien de Europese Commissie zich nog kan verzetten tegen die maatregel. Indien de Commissie zou beslissen om een formeel onderzoek naar de steun te openen, kan die onzekerheid nog geruime tijd aanslepen, ook als dat onderzoek uiteindelijk zou worden afgerond met een beslissing die de voorgenomen steun verenigbaar verklaart met de interne markt.

De vraag is dan ook of niet beter wordt gewacht met de bekendmaking van het te nemen besluit tot de uitkomst van de beoordeling door de Europese Commissie. In dat geval kan artikel 7 van het ontwerp zonder meer worden weggelaten.

9.2. De werkwijze met een bericht in het Belgisch Staatsblad veronderstelt niet alleen dat erop moet worden toegezien dat dit bericht daadwerkelijk en tijdig wordt bekendgemaakt, maar bovendien blijkt dat bericht in de praktijk voor velen onopgemerkt voorbij te gaan, zeker indien het bericht niet uitdrukkelijk melding maakt van de inwerkingtreding zoals die resulteert uit die bekendmaking.

Het is bijvoorbeeld pas naar aanleiding van het onderzoek van deze adviesaanvraag dat de Raad van State kon achterhalen dat een vorig wijzigingsbesluit, namelijk het voormelde koninklijk besluit van 17 augustus 2018, in werking is getreden op 25 oktober 2018, ingevolge de bekendmaking van een bericht in het Belgisch Staatsblad van 15 oktober 2018 (p. 78.156), waarin wel wordt verwezen naar de voormelde inwerkingtredingsbepaling, maar voorts enkel gewag wordt gemaakt van de beslissing van de Europese Commissie, zonder verdere toelichting omtrent de inwerkingtreding van het voormelde besluit.<sup>12</sup> Een dergelijke werkwijze is zeer ondoorzichtig.

Overigens gaat die werkwijze eraan voorbij dat de Europese Commissie die voorgenomen steun ook voorwaardelijk of onder voorbehoud van aanpassingen aan de regeling kan goedkeuren, in welk geval de regeling toch zal moeten worden gewijzigd, waarbij een aangepast ontwerp of een wijzigend ontwerp voor advies zal moeten worden voorgelegd aan de Raad van State.

---

<sup>12</sup> Het gevolg hiervan is dat de Justel-versie van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/bsluit/2002/07/16/2002011314/justel>) nog steeds melding maakt van die wijziging als een toekomstige wijziging, waardoor de lezer volledig op het verkeerde been wordt gezet aangaande de thans geldende versie van dit besluit.

### Artikel 8

10. In de Nederlandse tekst van artikel 8, 4°, van het ontwerp moet het woord “akteert” worden vervangen door de woorden “neemt akte van”.

\*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 un nouveau prix de référence et un nouveau mode de calcul du facteur de correction, tous deux utilisés pour calculer le prix minimal dans le cadre du soutien de la production éolienne offshore. À cet effet, l'arrêté royal du 16 juillet 2002 'relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables et l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale offshore en cas d'indisponibilité du Modular Offshore Grid' est modifié. Les risques accrus, compte tenu de la baisse de la production et de la plus grande volatilité des prix sur les marchés de l'électricité pour les *offtakers* (acheteurs) de l'électricité produite par ces parcs éoliens dans le cadre de *power purchase agreements* (contrats d'achat d'électricité) (ci-après : PPA) dont les conditions se greffent directement sur celles de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, sont à l'origine du projet.

L'article 1<sup>er</sup> du projet vise à remplacer la définition de la notion de « prix de référence de l'électricité » figurant à l'article 1<sup>er</sup>, 11°, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, qui n'est plus fixé sur la base de prix historiques, mais sur la base de la moyenne, exprimée en euros par MWh, des cotations horaires intervenues au cours du mois M sur le marché à un jour pour la zone de réglage belge, telles qu'elles sont publiées par un Nemo <sup>1</sup> opérant en Belgique et sur la base de laquelle le prix de l'électricité est déterminé en vertu du contrat d'achat d'électricité conclu par le titulaire de la concession domaniale. L'article 2 modifie l'article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du même arrêté, afin de permettre à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) de calculer chaque mois, désormais, le facteur de correction à appliquer. Cela donne également lieu à des adaptations de l'article 14, § 1<sup>er</sup>*ter*/1, du même arrêté (article 3). L'article 4 tend à modifier le régime d'avances prévu à l'article 14, § 1<sup>er</sup>*septies*, du même arrêté, dès lors que celui-ci doit être calculé chaque mois en raison du facteur de correction, ce qui donne lieu par ailleurs à des modifications techniques de l'article 14, § 1<sup>er</sup>*octies*, du même arrêté (article 5) et de l'article 14*vicies*, § 3, du même arrêté (article 6).

L'article 7 fixe l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé le dixième jour après la publication au Moniteur belge d'un avis mentionnant que la Commission européenne ne s'est pas opposée au régime en projet.

---

<sup>1</sup> *Nominated Electricity Market Operator* (opérateur désigné du marché de l'électricité) ; voir également l'article 1<sup>er</sup>, § 2, 13°, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002.

L'article 8 contient un régime transitoire, en vertu duquel le régime existant continue à s'appliquer aux installations qui font l'objet d'une concession domaniale visée à l'article 6 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' et qui réalisent leur premier *financial close* entre le 1<sup>er</sup> mai 2016 <sup>2</sup> et l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé, jusqu'à ce que la CREG ait pris formellement acte de la date à laquelle les PPA adaptés au nouveau régime seront applicables.

### FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet trouve un fondement juridique dans l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 avril 1999. L'article 7, § 2, de la même loi, auquel le préambule fait également référence, est pertinent pour le régime en projet, mais ne procure pas de fondement juridique supplémentaire, fût-il combiné avec l'article 108 de la Constitution (pouvoir général d'exécution du Roi), visé au premier alinéa du préambule.

### FORMALITÉS

4. Le régime à l'examen apporte d'importantes modifications à un régime d'aides d'État. À cela s'ajoute que ces modifications, qui sont apportées certes sur le plan formel au régime d'aides pour les parcs éoliens, semblent en réalité être dictées par la position économique des acheteurs (*offtakers*), ce qui donne une nouvelle dimension à ce régime d'aides.

Eu égard notamment à la sanction draconienne qui peut être encourue en cas de défaut de notification injustifié, la mesure doit être préalablement notifiée en application de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En effet, une aide d'État non notifiée est tout à fait illégale (même si elle pourrait être déclarée compatible si elle était correctement notifiée) <sup>3</sup>, et cette illégalité doit être soulevée, au besoin d'office, par chaque juge <sup>4</sup>, sans que les bénéficiaires de l'aide puissent se prévaloir de la confiance suscitée pour empêcher son remboursement (avec intérêts) <sup>5</sup>. Le juge national – en Belgique également la Cour

---

<sup>2</sup> Cette date correspond à la date de départ du régime d'aides visé à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, 1<sup>o</sup>*ter*, 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 et l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale offshore en cas d'indisponibilité du Modular Offshore Grid', qui est précisé plus avant dans les dispositions que le présent projet doit modifier.

<sup>3</sup> C.J.U.E., 8 décembre 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, ECLI:EU:C:2011:814, point 28, avec référence à des arrêts du 21 novembre 1991, C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, ECLI:EU:C:1991:440, point 17, du 27 octobre 2005, C-266/04-C-270/04, C-276/04 et C-321/04-C-325/04, *Distribution Casino France e.a.*, ECLI:EU:C:2005:657, point 30 et du 5 mars 2015, C-667/13, *Estado Português*, ECLI:EU:C:2015:151, points 59 et 60.

<sup>4</sup> C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-119/05, *Lucchini*, ECLI:EU:C:2007:434, point 61 ; C.J.U.E., 26 octobre 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*, ECLI:EU:C:2016:797, points 98-101.

<sup>5</sup> C.J.U.E., 20 mars 1997, C-24/95, *Alcan*, ECLI:EU:C:1997:163 ; C.J.U.E., 29 avril 2004, C-278/00, *République hellénique*, ECLI:EU:C:2004:239, point 108. Voir également : N. DE VOS, « De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun », RW 2012-13, pp. 130-131, n<sup>os</sup> 26 et 30 ; T. CORTHAUT, K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *EU Constitutional Law*, OUP, 2021, p. 299, n<sup>o</sup> 9-028.

constitutionnelle<sup>6</sup> – est compétent pour établir si une mesure doit être qualifiée d'aide d'État nouvelle et si, dans l'affirmative, celle-ci devait être notifiée à la Commission avant d'être mise à exécution<sup>7</sup>. Au demeurant, même si la Commission européenne devait encore conclure ultérieurement que le régime d'aides d'État est compatible avec le marché intérieur, les bénéficiaires de l'aide d'État seront obligés de payer des intérêts sur l'aide qu'ils ont reçue avant cette décision de la Commission<sup>8</sup>.

Il ne ressort pas des documents joints à la demande d'avis que cette notification a eu lieu. Il peut se déduire de l'article 7 du projet, qui subordonne l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé à une approbation formelle de la Commission européenne ou à une approbation tacite à l'expiration des délais visés à l'article 4 du règlement (UE) 2015/1589<sup>9</sup>, que les auteurs du projet notifieront effectivement le régime en projet et respecteront l'obligation de *standstill* qui y est associée.

La technique utilisée pour l'entrée en vigueur soulève néanmoins des questions du point de vue de la sécurité juridique (voir à ce sujet l'observation 9).

En outre, si cette notification devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État<sup>10</sup>, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois sur le Conseil d'État.

### OBSERVATION GÉNÉRALE

5. La genèse de la loi doit être complétée dans l'ensemble du projet, ainsi qu'il ressort de ce qui suit :

- l'article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, en vigueur, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 a été modifié en dernier lieu par l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 17 août 2018 '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' ;
- l'article 14, § 1<sup>er</sup>*ter*/1, en vigueur, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 a été modifié en dernier lieu par l'article 3 de l'arrêté royal du 11 février 2019 'modifiant l'arrêté royal du

<sup>6</sup> C.C., 7 novembre 2013, n° 145/2013, B.2.2 ; C.C., 17 juillet 2014, n° 106/2014, B.27.2 ; C.C., 17 septembre 2015, n° 114/2015, B.30.2.

<sup>7</sup> C.C., 6 avril 2011, n° 50/2011, B.12.3.1 à B.12.3.4 ; C.C., 17 juillet 2014, n° 106/2014, B.27.2 ; C.C., 5 février 2015, n° 15/2015, B.6.3 et B.6.4 ; C.C., 17 septembre 2015, n° 114/2015, B.30.2.

<sup>8</sup> C.J.U.E., 15 décembre 2022, C-470/20, *AS Veejam*, ECLI:EU:C:2022:981, points 54-62.

<sup>9</sup> 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'. À cet égard, il faut observer que l'article 4, paragraphe 6, de ce règlement requiert néanmoins qu'avant qu'un État membre ne mette à exécution la mesure d'aide, une notification doit encore être faite à la Commission européenne, qui dispose alors de nouveau d'un délai de quinze jours pour décider de l'ouverture d'un examen relatif aux aides d'État.

<sup>10</sup> À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables' ;

- l'article 14, §§ 1<sup>er</sup>septies et 1<sup>er</sup>octies, en vigueur, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 a été ajouté par l'article 6 de l'arrêté royal du 17 août 2018 ;
- l'article 14vicies, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, 4°, en vigueur, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 a été inséré par l'article 4 de l'arrêté royal du 11 février 2019.

## EXAMEN DU TEXTE

### Préambule

6. Compte tenu de l'observation formulée au point 3, on omettra le premier alinéa du préambule et la mention du fondement juridique au deuxième alinéa du préambule doit être limitée à l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 avril 1999.

### Article 1<sup>er</sup>

7. L'article 1<sup>er</sup>, 11°, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 <sup>11</sup> fait état d'« un NEMO opérant en Belgique ». Eu égard à la définition existante de la notion « Nemo » (et donc pas : « NEMO ») à l'article 1<sup>er</sup>, § 2, 13°, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, la mention des mots « opérant en Belgique et » est superflue.

### Article 5

8. À l'article 14, § 1<sup>er</sup>octies, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, on omettra les crochets entourant le mot « trente » (dans le texte français) et le chiffre « 30 » (lire : « dertig ») (dans le texte néerlandais). En outre, dans la dernière phrase du texte néerlandais, on remplacera le mot « regeling » par le mot « vereffening ».

### Article 7

9. Ainsi qu'il a déjà été exposé à l'observation 4, il ressort de l'article 7 du projet que ses auteurs entendent subordonner l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé à l'approbation de la mesure d'aide en projet par la Commission européenne ou à l'expiration du délai de décision. Or, cette façon de procéder est hautement incertaine du point de vue de la sécurité juridique.

---

<sup>11</sup> Au demeurant, le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet ne mentionne pas la date de cet arrêté royal.

9.1. Quoi qu'il en soit, les bénéficiaires de la mesure d'aide ne peuvent préparer leurs plans pour l'aide future que de manière conditionnelle, dès lors que la Commission européenne peut encore s'opposer à cette mesure. Si la Commission décidait d'ouvrir une procédure formelle d'examen concernant l'aide, cette incertitude pourrait se prolonger pendant un certain temps encore, même si cet examen devait finalement se conclure par une décision déclarant l'aide envisagée compatible avec le marché intérieur.

La question se pose dès lors de savoir s'il ne serait pas préférable d'attendre le résultat de l'évaluation de la Commission européenne avant de publier l'arrêté envisagé. Dans ce cas, l'article 7 du projet pourrait purement et simplement être omis.

9.2. Le procédé consistant en la publication d'un avis au Moniteur belge suppose non seulement qu'il faut veiller à ce que cet avis soit publié effectivement et en temps utile, mais en outre, dans la pratique, cet avis semble passer inaperçu pour de nombreuses personnes, surtout s'il ne mentionne pas explicitement l'entrée en vigueur telle qu'elle résulte de cette publication.

Par exemple, ce n'est qu'à la suite de l'examen de la présente demande d'avis que le Conseil d'État a pu déterminer qu'un arrêté modificatif antérieur, à savoir l'arrêté royal du 17 août 2018 précité, est entré en vigueur le 25 octobre 2018, à la suite de la publication d'un avis au Moniteur belge du 15 octobre 2018 (p. 78.156) qui fait effectivement référence à la disposition d'entrée en vigueur précitée, mais ne mentionne par ailleurs que la décision de la Commission européenne, sans autre précision concernant l'entrée en vigueur de l'arrêté précité<sup>12</sup>. Pareil procédé manque particulièrement de transparence.

Du reste, ce procédé perd de vue que la Commission européenne peut également approuver l'aide envisagée sous condition ou sous réserve d'adaptations du régime, auquel cas ce dernier devra quand même être modifié, un projet adapté ou un projet modificatif devant alors être soumis au Conseil d'État pour avis.

---

<sup>12</sup> Il en résulte que la version Justel de l'arrêté royal du 16 juillet 2022 (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2002/07/16/2002011314/justel>) mentionne encore toujours cette modification comme une modification future, ce qui induit le lecteur complètement en erreur quant à la version actuellement en vigueur de cet arrêté.

Article 8

10. Dans le texte néerlandais de l'article 8, 4°, du projet, on remplacera le mot « akteert » par les mots « neemt akte van ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE