

Rolnummer 3887
Arrest nr. 193/2006 van 5 december 2006

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van artikel 62 (productie van elektriciteit uit wind in de zeegebieden) van de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen, ingesteld door de vzw « EDORA » en anderen.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters M. Melchior en A. Arts, en de rechters R. Henneuse, M. Bossuyt, J.-P. Snappe, E. Derycke en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Melchior,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 30 januari 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 31 januari 2006, is beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 62 (productie van elektriciteit uit wind in de zeegebieden) van de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 29 juli 2005, derde editie), door de vzw « EDORA – Fédération de l'électricité d'origine renouvelable et alternative », met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Omwentelingsstraat 7, de vzw « Association pour la promotion des énergies renouvelables » (APERe), met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Omwentelingsstraat 7, de nv « Air Energy », met maatschappelijke zetel te 1300 Waver, avenue Pasteur 6, bâtiment H, de nv « Merytherm », met maatschappelijke zetel te 4130 Méry-Tilff, Promenade du Déversoir 26, de nv « Promeole », met maatschappelijke zetel te 5640 Mettet, rue Saint Donat 15, de bvba « Renewable Power Company », met maatschappelijke zetel te 6680 Amberloup, route de Libramont 17, en B. Pevee, wonende te 4607 Dalhem, rue Fernand Henroteaux 41.

De Ministerraad heeft een memorie ingediend, de verzoekende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en de Ministerraad heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 4 oktober 2006 :

- zijn verschenen :
 - . Mr. D. Brusselmans, advocaat bij de balie te Namen, voor de verzoekende partijen;
 - . Mr. M. Vanderhelst, tevens *loco* Mr. P. Hofströssler, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers R. Henneuse en E. Derycke verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. In rechte

- A -

Ten aanzien van het belang van de verzoekende partijen

A.1.1. De eerste verzoekende partij is een onafhankelijke beroepsvereniging die tot doel heeft de belangen van de sector van de uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte elektriciteit (HE-E-sector) te promoten en te

verdedigen; zij vertegenwoordigt meer dan 90 pct. van de elektriciteitsproductie op basis van hernieuwbare energiebronnen in Wallonië en Brussel.

De tweede verzoekende partij is een vereniging die tot doel heeft de hernieuwbare energie te promoten.

De derde, vijfde en zesde verzoekende partij zijn vennootschappen die aan de basis liggen van verschillende windmolenprojecten in Wallonië. De zevende verzoekende partij is een natuurlijke persoon die eveneens aan de basis ligt van een windmolenproject in Wallonië.

De vierde verzoekende partij is een vennootschap die elektriciteit produceert op basis van hydraulische energie in Wallonië.

A.1.2. De verzoekende partijen verantwoorden hun belang om in rechte te treden door hun hoedanigheid van marktdeelnemer op het gebied van uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte elektriciteit, het onderwerp van de bestreden bepaling.

Zij zijn van mening dat de bestreden bepaling de concurrentie kan verstoren en hen kan discrimineren ten opzichte van de elektriciteitsproducenten die de bestreden bepaling kunnen genieten, namelijk de producenten van elektriciteit die wordt opgewekt door windmolens in de territoriale zee, die doorgaans « offshorewindmolens » worden genoemd.

A.2.1. In zijn memorie is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partijen geen enkel belang hebben bij het eerste middel, inzake de bij de paragrafen 2 en 4 van artikel 7 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt ingevoerde maatregelen, vermits die maatregelen alleen de uitbaters van offshorewindmolens kunnen betreffen. Voor het overige houdt de kritiek ten aanzien van de bestreden bepaling verband met overwegingen van algemeen beleid, waarbij de verzoekende partijen zich ertoe beperken het opportune karakter van het door de democratisch verkozen organen gevolgde beleid te betwisten.

A.2.2. De Ministerraad is daarnaast van mening dat de vierde verzoekende partij, die actief is op het gebied van de productie van hydro-elektriciteit, zich niet in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met de productie van elektriciteit uit windenergie, en bijgevolg niet doet blijken van een belang bij het beroep.

A.3.1. In hun memorie van antwoord stellen de verzoekende partijen vast dat de betwisting van de Ministerraad alleen betrekking heeft op het belang bij het eerste middel en niet op het belang bij het beroep.

Het eerste middel betreft overigens de discriminerende financiering van de aansluitingskabel en niet de kenmerken (onderzees of niet) van die kabel. Dat de windmolenparken in het binnenland (doorgaans « onshorewindmolens » genoemd) niet meer dan een twintigtal kilometer van het bestaande elektriciteitsnet zijn verwijderd, is te wijten aan het feit dat een dergelijk project niet rendabel is, met name omdat de kabel geen gedeelde financiering geniet.

Ten slotte bekritisieren de verzoekende partijen niet het opportune karakter van een beleid, maar het verschil in behandeling tussen de offshorewindmoleninstallaties en de andere vormen van energieopwekking van de HE-E-sector, in het bijzonder de onshorewindmolens. De eerste twee verzoekende partijen hebben overigens tot doel de hernieuwbare energie te promoten, zowel offshore als onshore.

A.3.2. Ten aanzien van het belang van de vierde verzoekende partij zij eraan herinnerd dat er slechts een enkele elektriciteitsmarkt bestaat, ongeacht of het gaat om de fysieke markt (elektrische energie) of de virtuele markt (groenestroomcertificaten).

Vermits de thans geldende reglementering voorziet in een regeling volgens welke de groenestroomcertificaten uitgaande van de federale Staat en de andere gewesten automatisch worden erkend in Wallonië, kan het mechanisme waarin de bestreden bepaling alleen voor het project van offshorewindmolenparken voorziet, leiden tot een duidelijk verstoord evenwicht ten koste van alle Waalse elektriciteitsproducenten van de HE-E-sector, met inbegrip van de elektriciteitsproductie op basis van hydraulische energie, waaruit het belang van de vierde verzoekende partij bij het beroep dus blijkt.

A.4.1. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening, wat het belang bij het eerste middel voor artikel 7, §§ 2 en 4, van de wet van 29 april 1999 betreft, dat de verzoekende partijen de relevantie over het hoofd zien van het onderzeese karakter van de aansluiting van de offshorewindmolens, gelegen op meer dan twintig

kilometer van het elektriciteitsnet, in tegenstelling tot de onshorewindmolens die zich, tegen lagere kosten, dichterbij het elektriciteitsnet kunnen vestigen.

A.4.2. Ten aanzien van het belang van de vierde verzoekende partij is de Ministerraad van mening dat de door de verzoekende partijen uiteengezette argumentatie veel meer betrekking heeft op een eventuele discriminatie tussen offshore- en onshorewindmolens dan op een mogelijk verstoord evenwicht voor de markt van de groenestroomcertificaten, zodat een vennootschap die op basis van hydraulische energie elektriciteit produceert, niet doet blijken van een belang bij het beroep.

Ten gronde

Ten aanzien van het eerste middel

A.5.1. De verzoekende partijen zetten een eerste middel uiteen, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 11, lid 7, van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG, en uit de schending van de regels betreffende de verdeling van de respectieve bevoegdheden van de Staat en de gewesten, in het bijzonder de artikelen 39 en 134 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

A.5.2. Door een tolerantie marge betreffende de productieafwijkingen (de *balancing*) in te voeren, heeft artikel 7, § 3, van de voormelde wet van 29 april 1999, zoals gewijzigd bij de bestreden bepaling, tot doel de meerprijs te beperken van de ongelijkmatige productie van de offshorewindmolens, terwijl een dergelijk mechanisme niet bestaat voor de onshorewindmolens, noch voor de andere productievormen van hernieuwbare energie, zonder dat dit verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

Op het gebied van de tarifieringen die de kostprijs van de *balancing* omvatten, is de federale overheid immers als enige bevoegd voor alle elektriciteitsproducties en mag zij die niet discrimineren.

Ten aanzien van het probleem van de rendabiliteit en de onvoorspelbaarheid waarmee de offshore-installaties te maken zouden hebben, stellen de verzoekende partijen daarnaast vast dat de voorspelbaarheid van de productie in hoofdzaak afhangt van de middelen om de wind te voorspellen, die precies dezelfde zijn voor de offshore- en de onshore-installaties en op het vlak van de werking identiek zijn, en dat de bestaande kleine technische verschillen tussen offshorewindmolens en onshorewindmolens een verschil in behandeling niet kunnen verantwoorden. Integendeel, de regelmatigheid en de betere kwaliteit van de wind op zee kunnen leiden tot een grotere stabiliteit en voorspelbaarheid van de productie van offshorewindenergie ten opzichte van de onshorewindenergie. Ten slotte worden ook andere energievormen die onder die voor de fluctuerende energiebronnen kenmerkende onvoorspelbaarheid lijden, gediscrimineerd door de bestreden bepaling.

A.5.3. Ten aanzien van de tegemoetkoming in de aansluitingskosten is het coherent dat de wetgever voorziet in een - minstens gedeeltelijke - overheidsfinanciering voor de aansluiting van de installaties voor energieproductie op het net. De federale overheid is echter bevoegd om, in de openbaredienstverplichtingen van de netbeheerder, de bijdrage op te nemen tot de financiering van de aansluiting, niet alleen van de offshorewindmolens, maar eveneens van alle installaties voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen, aangezien wordt beschouwd dat die installaties van openbaar nut zijn.

Ten slotte bestaat er geen enkel technisch of economisch motief dat kan verklaren waarom het voordeel van de bestreden bepalingen wordt beperkt tot de offshoreprojecten met een maximumvermogen van 216 MW, wat een onverantwoorde discriminatie tot stand brengt. Volgens de verzoekende partijen blijkt uit de bestreden bepalingen integendeel dat de wetgever een wettelijk kader op maat van het door de vennootschap « C-POWER » ingediende offshoreproject wil creëren.

Bovendien wordt niet duidelijk gestipuleerd of de drempel van 216 MW het totaal van de uit offshorewindenergie opgewekte elektriciteit betreft, dan wel per domeinconcessieproject moet worden beschouwd. De kwestie van de onverantwoorde discriminatie vloeit dus voort uit de onzekere interpretatie die aan de bestreden bepaling moet worden gegeven.

A.6.1. In zijn memorie herinnert de Ministerraad eraan dat de bestreden bepaling zich situeert in een internationale en politieke context om bepaalde hernieuwbare energiebronnen aan te moedigen en dat de

offshorewindmolens integraal onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen, terwijl de onshorewindmolens slechts gedeeltelijk onder haar bevoegdheid vallen.

A.6.2. Het verschil in financiering tussen de offshorewindmolens en de onshorewindmolens is niet discriminerend, vermits zij categorieën vormen die zich, vanuit technisch oogpunt, niet in een vergelijkbare situatie bevinden, daar de onshorewindmolens geen onderzeese kabel nodig hebben om op het net te worden aangesloten, in tegenstelling tot de offshorewindmolens.

Zelfs in de veronderstelling dat die windmolens met elkaar vergelijkbaar zijn, berust het verschil in behandeling op een objectief en relevant criterium, vermits de kostprijs van de offshorewindmolens, met name door de ver verwijderde ligging en afzondering ervan (op meer dan twintig kilometer van de kust), veel hoger ligt dan die van de onshorewindmolens.

Ten aanzien van de kritiek betreffende de drempel van 216 MW heeft het verschil in behandeling alleen betrekking op de offshorewindmolens en, vermits de tegemoetkoming niet onbeperkt kon zijn, was het niet onredelijk een bovengrens te bepalen.

Ten slotte, ten aanzien van het voorstel om de financiering voor de aansluiting van de installaties voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen eventueel ten laste van de netbeheerder te leggen, staat het niet aan de verzoekende partijen om het opportune karakter van de te nemen maatregelen te beoordelen of om maatregelen aan de wetgever te suggereren.

A.6.3. Het verschil betreffende de productieafwijkingen tussen offshorewindmolens en onshorewindmolens berust eveneens op een objectief criterium, namelijk, zoals in de parlementaire voorbereiding wordt onderstreept, de versterkte onvoorspelbaarheid van de productie die kenmerkend is voor de offshorewindmolens.

In de veronderstelling dat de offshorewindmolens vergelijkbaar zouden zijn met de onshorewindmolens, heeft artikel 61 van de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen artikel 4 van de voormelde wet van 29 april 1999 eveneens gewijzigd, zodat bijzondere voorwaarden inzake productieafwijkingen eveneens worden overwogen voor de andere hernieuwbare energiebronnen, zoals de onshorewindmolens, maar die voorwaarden zullen door de Koning worden vastgesteld. De Ministerraad is van mening dat de in het arrest nr. 33/97 gevolgde redenering bijgevolg kan worden toegepast om te besluiten dat die situatie niet discriminerend is.

In ondergeschikte orde valt de maatregel inzake *balancing* voor de offshore-installaties integraal onder de bevoegdheid van de federale overheid, terwijl hij, voor de onshore-installaties, een invloed zou hebben gehad op de bevoegdheid van de gewesten en het voorwerp van overleg had moeten uitmaken. Die maatregel is voor het overige verantwoord door de versterkte onvoorspelbaarheid van de productie die voor de offshorewindmolens kenmerkend is.

A.7.1. In hun memorie van antwoord herinneren de verzoekende partijen eraan dat zij de bevoegdheid van de federale Staat ter zake nooit hebben betwist, maar dat zij een discriminerende uitoefening van die bevoegdheid bekritisieren.

Overigens is geen enkele vergelijking gemaakt tussen de kosten voor de aansluiting van de offshorewindmolens en de onshorewindmolens op het vlak van vermogen en rendement, en is geenszins aangetoond dat de onvoorspelbaarheid groter is voor de offshorewindmolens dan voor de onshorewindmolens.

Indien een financieringsregeling die vergelijkbaar is met die waarin de bekritiseerde bepaling voorziet, kon worden toegepast op het onshorewindmolenpark, dan zou de rendabiliteit van de infrastructuur vergelijkbaar kunnen worden met die van de offshore-installaties die de financiering genieten.

Ten slotte is het bestaan van een enkele elektriciteitsmarkt in België eveneens een doorslaggevend element dat een niet-discriminerende behandeling van de offshorewindmolens en onshorewindmolens verantwoordt, daar de maatregel het evenwicht van de Waalse markt van de groenestroomcertificaten dreigt te verstoren.

In verband met het cijfer van 216 MW kan geen enkel criterium worden geïdentificeerd dat de wetgever ertoe zou hebben gebracht dat cijfer te kiezen.

A.7.2. Gelet op de grote onvoorspelbaarheid van de elektriciteitsproductie op basis van hernieuwbare energiebronnen, is een soepeler mechanisme voor de compensatie van de productieafwijkingen dan voor de niet-

hernieuwbare energie verantwoord; er is echter geenszins aangetoond dat de onvoorspelbaarheid groter zou zijn voor de offshorewindinstallaties dan voor de onshorewindinstallaties.

In ondergeschikte orde maakt de in artikel 4 van de wet van 29 april 1999 vervatte machtiging het de Koning mogelijk de voorwaarden vast te stellen voor de compensatie van de productieafwijkingen, ongeacht de aard van de gebruikte primaire energie, terwijl de bestreden bepaling tot doel heeft de offshorewindinstallaties te bevoordelen. Artikel 4 van de wet van 29 april 1999 heeft dus niet dezelfde draagwijdte als de bestreden bepaling, vermits het de Koning niet ertoe machtigt om voor de onshorewindinstallaties een specifieke regeling vast te stellen die is verbonden aan het criterium van de onvoorspelbaarheid van de productie, en nog minder om voor de onshorewindmolens maatregelen aan te nemen die vergelijkbaar zijn met die waarin de bestreden bepaling voor de offshorewindmolens voorziet.

Geen enkele wetenschappelijk bevestigde verklaring in de parlementaire voorbereiding maakt het mogelijk de discriminerende regeling tussen beide soorten van installaties te verantwoorden.

A.8.1. In zijn memorie van wederantwoord kan de Ministerraad niet aanvaarden dat de geloofwaardigheid van de parlementaire voorbereiding en van de adviezen van de CREG (Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas) in verband met het onderscheid tussen onshorewindmolens en offshorewindmolens aldus door de verzoekende partijen ter discussie wordt gesteld.

De Ministerraad legt overigens een lijst voor van de bestaande technische verschillen tussen de onshorewindmolens en de offshorewindmolens, waaruit blijkt dat die windmolens niet met elkaar vergelijkbaar zijn, wat overigens wordt bevestigd door een analyse in een omzendbrief van 17 juli 2000, waarin wordt geïllustreerd dat, ook al produceren zij meer elektriciteit, de rendabiliteit van de offshorewindmolens wordt aangetast door de kostprijs van de installatie ervan.

De verzoekende partijen zien het belang over het hoofd van het onderzeese karakter van de aansluiting van de offshorewindmolens, die op meer dan twintig kilometer van het elektriciteitsnet zijn gevestigd, in tegenstelling tot de onshorewindmolens, die zich, tegen een lagere kostprijs, dicht bij het elektriciteitsnet kunnen situeren.

Ten aanzien van het gevaar dat de energiemarkt wordt verstoord, in de veronderstelling dat een dergelijk gevaar bestaat, is het niet de bestreden bepaling die het creëert, maar de regeling van de groenestroomcertificaten, die de verzoekende partijen evenwel niet ter discussie stellen. De toekenning van een domeinconcessie voor de verwezenlijking van het project C-POWER vloeit overigens geenszins voort uit de bestreden bepaling, maar ging daarentegen ruim daaraan vooraf.

Ten slotte past het doel van de bestreden bepaling in de context van internationale verplichtingen ter zake. In dat opzicht zijn de offshorewindmolens de enige die volledig en uitsluitend onder de bevoegdheid van de federale Staat vallen en niets belet de gewesten - wat zij overigens reeds hebben gedaan - maatregelen aan te nemen om de ontwikkeling van de andere hernieuwbare energiebronnen te steunen.

Ten aanzien van de beperking tot 216 MW tonen de verzoekende partijen het onredelijke karakter ervan niet aan; die beperking vormt een opportuniteitskeuze, die het Hof niet door zijn beoordeling vermag te vervangen.

A.8.2. In verband met de productieafwijking is de Ministerraad van mening dat de windmolens, meer dan de andere installaties, onderworpen zijn aan meteorologische omstandigheden en dat, in geval van een verstoorde werking, de beperkte toegankelijkheid ervan kan leiden tot het totale verlies van de voor de dag vooropgestelde hoeveelheid, wat het verschil in behandeling tussen de offshorewindmolens en de andere energiebronnen, in de veronderstelling dat die wordt aangetoond, verantwoordt.

Ten slotte bepaalt artikel 4, § 4, van de wet van 29 april 1999 eveneens dat de Koning een maatregel mag aannemen om de productieafwijking voor de andere hernieuwbare energiebronnen te compenseren. De relatieve onzekerheid in verband met de verdeling van de bevoegdheden heeft de wetgever ertoe kunnen brengen in de wet criteria vast te stellen voor de offshorewindmolens, waarvoor op het vlak van de bevoegdheid geen enkele twijfel bestond, en de Koning die criteria te laten vaststellen voor de andere hernieuwbare energiebronnen, na overleg met de gewesten.

Ten aanzien van het tweede middel

A.9. De verzoekende partijen zetten een tweede middel uiteen dat is afgeleid uit de schending van artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat een overleg oplegt tussen de gewestregeringen en de federale overheid over iedere maatregel op het gebied van energiebeleid en over de grote lijnen van het nationale energiebeleid.

De verzoekende partijen citeren uit het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State en stellen vast dat het overleg, dat weliswaar is aangevat, niet is afgerond op de datum waarop de bestreden bepaling is aangenomen, dat evenmin een samenwerkingsakkoord vóór die datum is gesloten, en dat voor het overige de afdeling wetgeving van de Raad van State niet is geraadpleegd na dat overleg. De verzoekende partijen verwijzen met name naar de kennisgevingen van het Overlegcomité van 25 mei 2005 en 6 juli 2005.

Zo blijkt dat essentiële studie-elementen (zoals de studie over de *balancing* van de onshore-/offshoreprojecten), teneinde relevante en niet-discriminerende bepalingen te kunnen aannemen, in het dossier ontbraken.

A.10. In zijn memorie stelt de Ministerraad vast dat het tegenstrijdig is dat de verzoekende partijen in het eerste middel aanvoeren dat de bepaling onder de federale overheid valt en in het tweede middel aanvoeren dat er geen overleg met de gewesten heeft plaatsgehad. In elk geval blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat het overleg heeft plaatsgehad, waarbij in de kennisgeving van het Overlegcomité van 25 mei 2005 wordt gepreciseerd dat « de overlegprocedure voleindigd is », en hadden de citaten van de verzoekende partijen in verband met de ontbrekende essentiële elementen geen betrekking op de bestreden bepaling.

A.11. In hun memorie van antwoord stellen de verzoekende partijen vast dat, hoewel de overlegprocedure is beëindigd, het probleem van de tarifiering betreffende de *balancing* van de onshoreprojecten en de offshoreprojecten echter nog niet geregeld is. Die kwestie van de *balancing* is evenwel het meest bepalende punt van dat overleg en houdt rechtstreeks verband met het onderwerp van de in het geding zijnde bepaling.

A.12. In zijn memorie van wederantwoord herinnert de Ministerraad eraan dat het overleg met de gewesten is beëindigd en dat de overwegingen van de verzoekende partijen betreffende de *balancing* niet relevant zijn, daar zij betrekking hebben op artikel 4, § 4, van de wet van 29 april 1999 en niet op de bestreden bepaling.

- B -

Ten aanzien van de context van de bestreden bepaling

B.1. Artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna: de wet van 29 april 1999) voorziet in de mogelijkheid om domeinconcessies te verlenen voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden in de zeegebieden waarin België zijn rechtsmacht kan uitoefenen.

Met die bepaling worden met name de « offshorewindparken » bedoeld, namelijk de windmolens langs de Belgische kust « in de territoriale zee (dus in de zone van 12 zeemijl vanaf de laagwaterlijn van de kust) » (*Parl. St.*, Kamer, 1998-1999, DOC 49-1933/001, p. 14).

Artikel 6 van de wet van 29 april 1999 bepaalt :

« § 1. Met inachtneming van de bepalingen vastgesteld krachtens § 2, en onverminderd de bepalingen van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, kan de minister, op voorstel van de commissie, domeinconcessies voor een hernieuwbare duur van maximum dertig jaar verlenen voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden, in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht.

§ 2. Bij een in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de commissie, bepaalt de Koning de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van de concessies bedoeld in § 1, en inzonderheid :

1° de beperkingen ter vermijding dat de bouw of de exploitatie van bedoelde installaties het gebruik van de reguliere scheepvaartroutes, de zeevisserij of het wetenschappelijk zeeonderzoek in overdreven mate zou hinderen;

2° de maatregelen die moeten worden genomen voor de bescherming en het behoud van het mariene milieu, overeenkomstig de bepalingen van voornoemde wet van 20 januari 1999;

3° de technische voorschriften waaraan de betrokken kunstmatige eilanden, installaties en inrichtingen moeten beantwoorden;

4° de procedure voor de toekenning van bedoelde concessies, met zorg voor een gepaste publiciteit van het voornemen tot toekenning van een concessie alsook, in voorkomend geval, voor een effectieve mededinging tussen de kandidaten;

5° de regels inzake de overdracht en de intrekking van de concessie.

De maatregelen bedoeld in het eerste lid, 2°, worden vastgesteld op gezamenlijke voordracht van de minister en van de federale minister die bevoegd is voor de bescherming van het mariene milieu.

§ 3. Artikel 4 is niet van toepassing op de installaties bedoeld in § 1 ».

Die bepaling stelt aldus het « juridisch kader [vast] dat nodig is voor de aanleg van het grootste *offshore* windmolenpark van Europa ter hoogte van de Belgische kust » (*Parl. St.*, Kamer, 1998-1999, DOC 49-1933/010, p. 51).

B.2.1. Vóór de wijziging ervan bij de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen luidde artikel 7 van de wet van 29 april 1999 :

« Bij een in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de commissie en overleg met de gewestregeringen, kan de Koning :

1° maatregelen van marktorganisatie vaststellen, waaronder de instelling van een systeem voor de toekenning van groenestroomcertificaten voor elektriciteit geproduceerd overeenkomstig artikel 6 en de verplichting van de netbeheerder om groenestroomcertificaten afgeleverd door de federale en gewestelijke overheden aan te kopen tegen een minimumprijs en te verkopen, voor een verzekerde afzet op de markt, tegen een minimumprijs, van een minimumvolume elektriciteit geproduceerd met aanwending van hernieuwbare energiebronnen;

2° een mechanisme inrichten ter financiering van alle of een deel van de netto-lasten die voortvloeien uit de in 1° bedoelde maatregelen.

Het in het eerste lid, 2°, bedoelde mechanisme wordt, in voorkomend geval, beheerd door de commissie en kan geheel of gedeeltelijk worden gefinancierd door een toeslag op de tarieven bedoeld in artikel 12 of door een heffing op alle of objectief bepaalde categorieën van energieverbruikers of marktoperatoren, volgens de nadere regels bepaald door de Koning in uitvoering van het eerste lid, 2°.

Elk besluit dat een toeslag of heffing zoals bedoeld in het tweede lid invoert, wordt geacht nooit uitwerking te hebben gehad indien het niet bij wet is bekrachtigd binnen de twaalf maanden na de datum van zijn inwerkingtreding ».

B.2.2. Met toepassing van die bepaling heeft het koninklijk besluit van 16 juli 2002 « betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen », bekrachtigd bij artikel 427 van de programmawet van 24 december 2002, enerzijds, een procedure ingesteld voor het toekennen en afgeven van de groenestroomcertificaten voor de elektriciteit die wordt geproduceerd door de houders van domeinconcessies bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 en, anderzijds, een systeem van minimumaankooprijzen vastgesteld om de afzet van een minimumvolume elektriciteit geproduceerd met aanwending van hernieuwbare energiebronnen te verzekeren.

B.3.1. Artikel 62 van de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen (hierna : de wet van 20 juli 2005) bepaalt dat de bestaande tekst van artikel 7 van de wet van 29 april 1999 paragraaf 1 zal vormen van dat artikel en vult het aan als volgt :

« § 2. Voor nieuwe installaties voor de productie van elektriciteit uit wind in de zeegebieden waarin België zijn rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht, die het voorwerp uitmaken van een in artikel 6 bedoelde domeinconcessie, staat de netbeheerder in voor één derde van de kostprijs van de onderzeese kabel met een maximumbedrag van 25 miljoen euro voor een project van 216 MW of meer. Deze financiering van 25 miljoen euro wordt naar rato verminderd, wanneer het project minder dan 216 MW bedraagt. In dit bedrag is begrepen de aankoop, de levering en de plaatsing van de onderzeese kabel alsmede de aansluitingsinstallaties, de uitrustingen en de

aansluitingsverbindingen van voormelde productie-installaties. Deze financiering wordt over vijf jaar gespreid, a rato van één vijfde per jaar vanaf het begin van de werken. De commissie controleert de voor de financiering in aanmerking te nemen totale kosten op basis van de offerte of offertes die de titularis van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1, in aanmerking neemt bij toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. De commissie voert deze controle uit binnen een periode van één maand na voorlegging van voornoemde offerte, of offertes, door de titularis van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1. Deze bijdrage wordt gestort in vijf gelijke schijven vanaf de maand volgend op de aanvang van de eerste werken, en elk volgend jaar op dezelfde datum.

In geval van het niet bereiken van de geplande 216 MW binnen de vijf jaren na het begin van de werken wordt een bedrag pro rata aan 25 miljoen euro teruggevorderd op initiatief van de minister, na advies van de commissie.

De betaling van iedere schijf gebeurt na aanvraag van de titularis van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1. Deze aanvraag omvat :

1° het bewijs van het uitvoeren van het vergund investeringsprogramma dat de commissie kan controleren, hetzij op basis van de door de titularis overgezonden stukken, hetzij ter plaatse;

2° de overlegging van het bewijs van het naleven van de fiscale en sociale wetgevingen en reglementeringen tijdens het afgesloten boekjaar voorafgaand aan de aanvraag tot betaling.

Zo de voorwaarden bedoeld in het derde lid niet zijn nageleefd, schort de minister, op voorstel van de commissie, de storting van de jaarlijkse schijf op. Zo die voorwaarden wegens overmacht niet worden nageleefd, en indien de economische bedrijvigheid van de onderneming verdergaat, kan het storten van de jaarlijkse schijf door de minister worden gehandhaafd.

In geval van intrekking van de machtiging tot betaling gebeurt de terugvordering van de betwiste stortingen op initiatief van de minister, via alle rechtsmiddelen.

De nadere regels van deze financiering zullen worden bepaald in een overeenkomst tussen de netbeheerder en de titularis van de domeinconcessie. De kostprijs van deze bijdrage die door de netbeheerder wordt gefinancierd is toerekenbaar aan de taken bedoeld in artikel 8.

§ 3. Voor de installaties bedoeld in § 2 wordt voor elke tijdseenheid de productieafwijking bepaald (in kW). De Koning bepaalt de nadere regels voor de berekening van de productieafwijking op voorstel van de netbeheerder en na advies van de commissie, inbegrepen de wijze waarop deze meerkost in de tarieven van de netbeheerder wordt doorgerekend, rekening houdend met volgende bepalingen :

1° de hoeveelheid energie die overeenkomt met een positieve procentuele productieafwijking lager dan of gelijk aan 30 % wordt door de netbeheerder aangekocht aan de marktreferentieprijs, verminderd met 10 %;

2° de hoeveelheid energie die overeenkomt met een negatieve procentuele productieafwijking waarvan de absolute waarde lager is dan of gelijk is aan 30 % wordt door de netbeheerder bijgeleverd aan de concessionaris aan de marktreferentieprijis, verhoogd met 10 %;

3° de hoeveelheid energie die overeenkomt met de procentuele productieafwijking waarvan de absolute waarde 30 % overschrijdt wordt verrekend op basis van het tarief van de netbeheerder voor de compensatie van de onevenwichten, of, in voorkomend geval, overeenkomstig de marktvoorwaarden voor onbalansenergie.

§ 4. Voor de installatieprojecten bedoeld in § 2, ingediend tot 31 december 2007, en in het geval van intrekking van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1, of van enig andere voor de totale realisatie van het project vereiste en door de federale overheid verleende vergunning of toelating, of in geval van stopzetting tijdens de opbouwfase van het project, ingevolge een besluit dat niet gebaseerd is op enige reglementaire basis, al of niet genomen na advies van de bevoegde instantie, zonder dat een voor de titularis van de domeinconcessie aanwijsbare nalatigheid of tekortkoming kan worden aangetoond, wordt voorzien in een maatregel zoals beschreven in het vierde lid, teneinde de investeringszekerheid van het project te garanderen, rekening houdend met het innoverende karakter van het project.

Op het ogenblik van de inwerkingtreding van de intrekking of stopzetting zoals beschreven in het eerste lid, wordt een evaluatie gemaakt door de commissie. Deze evaluatie houdt rekening met :

1° de totale jaarlijkse kost die de investeringen omvat, de exploitatiekosten alsook de financiële lasten;

2° de verschillende inkomsten voortvloeiend uit het vigerende reglementair kader en de mogelijkheden tot aankoop van energie.

De commissie stelt, op basis van de evaluatie in het tweede lid, de noodzakelijke aanpassingen voor aan de prijs van de met het project verbonden groene stroomcertificaten, teneinde een rentabiliteit te waarborgen die gelijkwaardig is aan een investering op lange termijn met gelijkaardige risico's, overeenkomstig de beste praktijken binnen de internationale financiële markten.

Binnen een termijn van zestig dagen na ontvangst van het voorstel van de commissie, bepaalt de Koning op basis van het voorstel van de commissie, bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de noodzakelijke aanpassingen aan de prijs van de met het project verbonden groene stroomcertificaten.

De commissie waakt over de verenigbaarheid tussen het voorstel en de vigerende regelgeving ».

B.3.2. Volgens de parlementaire voorbereiding geeft die bepaling « invulling aan het Europese beleid inzake het stimuleren van welbepaalde hernieuwbare energiebronnen » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/001, p. 50).

Die bepaling heeft uitwerking met ingang van 1 juli 2005; zij maakt het voorwerp uit van het onderhavige beroep.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep

B.4. De eerste twee verzoekende partijen, twee verenigingen zonder winstoogmerk, zijn respectievelijk een onafhankelijke beroepsfederatie en een vereniging waarvan het maatschappelijk doel erin bestaat de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (HE-E-sector) te bevorderen.

De derde, de vijfde en de zesde verzoekende partij zijn vennootschappen die aan de basis liggen van verschillende projecten voor windmolenparken in Wallonië. De zevende verzoekende partij is een natuurlijke persoon die eveneens aan de basis ligt van een project voor een windmolenpark in Wallonië.

De vierde verzoekende partij is een vennootschap die in Wallonië elektriciteit produceert op basis van waterkracht.

B.5. De Ministerraad betwist het belang van de vierde verzoekende partij bij het beroep. Hij betwist eveneens het belang van de verzoekende partijen ten aanzien van bepaalde aspecten van het eerste middel.

B.6. De Grondwet en de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof vereisen dat elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die een beroep tot vernietiging instelt, doet blijken van een belang. Van het vereiste belang doen slechts blijken de personen wier situatie door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig zou kunnen worden geraakt.

B.7.1. Zonder dat dient te worden nagegaan of elke verzoekende partij doet blijken van een belang om de vernietiging te vorderen, volstaat het voor het Hof vast te stellen dat een van de verzoekende partijen doet blijken van een belang bij het beroep opdat dat laatste ontvankelijk is.

B.7.2. Wanneer een vereniging zonder winstoogmerk zich op een collectief belang beroept, is vereist dat haar maatschappelijk doel van bijzondere aard is en, derhalve, onderscheiden van het algemeen belang; dat het collectief belang niet tot de individuele belangen van haar leden is beperkt; dat het maatschappelijk doel door de bestreden norm kan worden geraakt; dat ten slotte niet blijkt dat dit maatschappelijk doel niet of niet meer werkelijk wordt nagestreefd.

B.7.3. Te dezen voldoen de eerste twee verzoekende partijen, als beroepsfederatie en vereniging zonder winstoogmerk waarvan het maatschappelijk doel met name erin bestaat de ontwikkeling van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen te bevorderen, aan alle voorwaarden die hiervoor zijn opgesomd om de vernietiging van de bestreden bepaling te kunnen vorderen; zij kunnen immers rechtstreeks en ongunstig worden geraakt in hun activiteiten door een bepaling die de markt van de hernieuwbare energie kan beïnvloeden, te dezen een bepaling betreffende de offshorewindmoleninstallaties.

Die verzoekende partijen doen derhalve blijken van het vereiste belang om de vernietiging van de bestreden bepaling te vorderen, zodat het beroep ontvankelijk is.

B.8. Daar de verzoekende partijen een belang bij de vernietiging van de bestreden bepaling hebben aangetoond, dient niet te worden onderzocht of zij bovendien belang hebben bij elk van de door hen aangevoerde middelen.

Ten gronde

B.9. In een eerste middel zijn de verzoekende partijen van mening dat de bestreden bepaling een onverantwoord verschil in behandeling invoert tussen de producenten van elektriciteit die wordt opgewekt door offshorewindmoleninstallaties en de producenten van elektriciteit die wordt opgewekt uit andere hernieuwbare energiebronnen, meer bepaald door windmolens op het vasteland (doorgaans « onshorewindmolens » genoemd, in tegenstelling tot de « offshorewindmolens »).

In een tweede middel voeren de verzoekende partijen aan dat het verplichte overleg met de gewesten, opgelegd bij artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, niet heeft plaatsgehad.

B.10. Het onderzoek van de overeenstemming van een bestreden bepaling met de bevoegdheidverdelende regels moet dat van de bestaanbaarheid ervan met de bepalingen van titel II en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet voorafgaan.

Wat het tweede middel betreft

B.11. De verzoekende partijen leiden een tweede middel af uit de schending van artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Artikel 6, § 3, 2° en 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen voorziet in een verplicht overleg tussen de betrokken gewestregeringen en de federale overheid voor iedere maatregel op het gebied van het energiebeleid, met uitzondering van de bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, en over de grote lijnen van het nationale energiebeleid.

Volgens de verzoekende partijen werd dat overleg aangevat, maar is het nooit afgerond op het ogenblik dat de betwiste bepaling is aangenomen, zodat niet is voldaan aan de vormvereisten.

De verzoekende partijen zijn daarnaast van mening dat essentiële studie-elementen in het dossier ontbraken.

B.12. Wat de naleving van de voorafgaande vormvereisten betreft, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State, in haar advies over het voorontwerp dat de wet van 20 juli 2005 is geworden, opgemerkt :

« 1. Krachtens artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen wordt overleg gepleegd tussen de betrokken (gewest)regeringen en de federale overheid over iedere maatregel op het gebied van energiebeleid, buiten de

bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, van die wet (2°) en over de grote lijnen van het nationale energiebeleid (3°).

Aangezien het ontwerp in ieder geval maatregelen bevat op het gebied van het energiebeleid die niet uitdrukkelijk zijn opgesomd in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, waarin een aantal federale bevoegdheden worden omschreven, diende over het ontwerp - of althans over de bepalingen waarin de genoemde maatregelen zijn vervat -, overleg te worden gepleegd met de gewesten.

De gemachtigde ambtenaar bevestigde dat aan dit vormvereiste niet werd voldaan, wat dient te worden verholpen.

De Raad van State, afdeling wetgeving, acht het nuttig dienaangaande te wijzen op het bepaalde in artikel 30*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, krachtens hetwelk de miskening van, onder meer, een door de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ingestelde overlegverplichting wordt beschouwd als de miskening van een bevoegdheidsverdelende regel op de naleving waarvan het Arbitragehof toezicht houdt.

2. Alhoewel daartoe geen wettelijke verplichting bestaat, verdient het toch aanbeveling om het ontwerp om advies aan de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (CREG) voor te leggen, gelet op het belang van het ontwerp en nu die Commissie erdoor met tal van nieuwe opdrachten wordt belast » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/001, pp. 152-153).

B.13.1. Het bij artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen voorgeschreven overleg dient te worden beschouwd als een bevoegdheidsverdelende regel in de zin van artikel 30*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

Het Hof is dus bevoegd om kennis te nemen van een middel waarin de niet-naleving van de voormelde vormvereiste wordt bekritiseerd.

B.13.2. Het overleg heeft tot doel de overheid die de beslissingsmacht heeft, te verplichten rekening te houden met de opvatting van een andere overheid, zonder dat evenwel de beslissende overheid haar vrijheid van handelen verliest. Het overleg heeft enkel zin indien het plaatsvindt vóór het nemen van de beslissing.

B.14.1. De Minister van Energie, die over het vereiste overleg is ondervraagd, heeft echter gepreciseerd « dat toen [de Raad van State] zijn advies heeft uitgebracht, nog geen enkele dialoog was aangevat met de gemeenschappen en de gewesten, maar dat zulks

ondertussen wel het geval is geweest » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/021, pp. 14-15).

B.14.2. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 20 juli 2005 blijkt dus dat het bij artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen verplichte overleg met de gewestregeringen wel degelijk heeft plaatsgehad.

B.15. Voor het overige is het middel gericht tegen de ontstentenis van maatregelen waarmee de voorbereiding ervan gepaard had moeten gaan. Het Hof is niet bevoegd om te oordelen of aan de aanneming van een wet raadplegingen, studies of deskundigenonderzoeken hadden moeten voorafgaan.

B.16. Het tweede middel is niet gegrond.

Wat het eerste middel betreft

B.17. De verzoekende partijen zetten een eerste middel uiteen, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 11, lid 7, van Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, en uit de schending van de regels betreffende de verdeling van de respectieve bevoegdheden van de Staat en de gewesten, in het bijzonder de artikelen 39 en 134 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

B.18.1. De verzoekende partijen betwisten niet dat de federale Staat bevoegd is om de bestreden bepaling aan te nemen, maar beperken zich ertoe de uitoefening van die bevoegdheid te bekritisieren, die een onverantwoord verschil in behandeling tot stand zou brengen tussen de producenten van elektriciteit die wordt opgewekt uit offshorewindenergie en de producenten van elektriciteit die wordt opgewekt uit andere hernieuwbare energiebronnen, meer bepaald door windmolens op het vasteland (doorgaans « onshorewindmolens » genoemd, in tegenstelling tot de « offshorewindmolens »).

B.18.2. Daar het eerste middel zich ertoe beperkt een discriminatie aan te voeren, zijn de in dat middel aangevoerde bevoegdheidverdelende regels niet relevant voor het onderzoek ervan.

B.19.1. De bestreden bepaling legt een deel van de financiering van de offshorewindmoleninstallaties, met een maximumbedrag van 25 miljoen euro, ten laste van de netbeheerder (artikel 7, § 2, van de wet van 29 april 1999) en voorziet in een maatregel om de investeringszekerheid van het project te garanderen, in geval van intrekking van de domeinconcessie of stopzetting van het project, om redenen die niet aan de nalatigheid van de concessiehouder kunnen worden toegeschreven (artikel 7, § 4, van de wet van 29 april 1999).

Die maatregelen kunnen worden beschouwd als maatregelen ter bevordering of tot financiering in de ruime zin van het gebruik van de hernieuwbare energiebron die de wind op zee is.

B.19.2. De bestreden bepaling voorziet overigens erin dat de Koning de nadere regels voor de berekening van de productieafwijking voor de offshorewindmoleninstallaties vaststelt, rekening houdend met verschillende bij de wet bepaalde criteria (artikel 7, § 3, van de wet van 29 april 1999).

Die maatregel vormt een regel betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, waarbij de productieafwijking door artikel 1, 38°, van de wet van 29 april 1999 wordt gedefinieerd als : « het verschil, positief of negatief, tussen, enerzijds, het geïnjecteerd vermogen en, anderzijds, de nominatie van het geïnjecteerd vermogen voor een bepaalde tijdseenheid op een bepaald moment, uitgedrukt in kilowatt (kW) ».

B.19.3. Gelet op de onderscheiden draagwijdte ervan, moeten de verschillende maatregelen waarin de bestreden bepaling voorziet, worden onderzocht.

De regels betreffende de financiering van de offshorewindmoleninstallaties (artikel 7, §§ 2 en 4, van de wet van 29 april 1999)

B.20. De verzoekende partijen zijn van mening dat het coherent is te voorzien in een - minstens gedeeltelijke - overheidsfinanciering van de aansluiting van de energieproductie op het net, maar dat de bestreden bepaling, door die financiering alleen toe te kennen aan de offshorewindmoleninstallaties, de andere installaties voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen discrimineert, terwijl geen enkel element aantoont dat de offshorewindmolens in grotere mate dan de andere hernieuwbare energiebronnen zouden lijden onder een probleem van rendabiliteit of onvoorspelbaarheid.

Overigens zijn de verzoekende partijen van mening dat het discriminerend is het voordeel van de bestreden bepaling te beperken tot de offshoreprojecten met een vermogen van hoogstens 216 MW.

B.21. Bij het beoordelen van het bekritiseerde verschil in behandeling dient te worden vastgesteld dat de bevordering van de hernieuwbare energiebronnen niet inhoudt dat de verschillende hernieuwbare energiebronnen op strikt identieke wijze dienen te worden bevorderd.

In dat opzicht dient het Hof rekening te houden met de context van de bestreden bepaling, met de specifieke technische en geografische kenmerken van de verschillende hernieuwbare energiebronnen en met de bevoegdheidsregels inzake energie.

B.22.1. De bevordering van de hernieuwbare energiebronnen past in het kader van internationale en Europese verplichtingen.

In dat opzicht zij herinnerd aan de noodzaak om tegemoet te komen aan de vereisten die zijn vastgesteld in het Protocol van Kyoto van 11 december 1997 bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, goedgekeurd bij beschikking 2002/358/EG van de Raad betreffende de goedkeuring, namens de Europese Gemeenschap, van het Protocol van Kyoto bij het voormelde Raamverdrag van de Verenigde Naties, en door België bekrachtigd op 31 mei 2002.

B.22.2. Gelet op met name de in het Protocol van Kyoto vastgestelde vereisten maakt de ontwikkeling van het gebruik van de hernieuwbare energiebronnen voor de productie van elektriciteit « deel uit van de hoofddoelstellingen van de Gemeenschap en haar lidstaten » (arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 13 maart 2001, PreussenElektra AG en anderen t. Duitsland - zaak C-379/98, punt 74).

Ter bevordering van de hernieuwbare energiebronnen stelt artikel 1 van beschikking nr. 646/2000/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2000 « tot vaststelling van een meerjarenprogramma ter bevordering van duurzame energiebronnen in de Gemeenschap (Altener) (1998-2002) » aldus de algemene doelstelling van de Gemeenschap om de CO₂-uitstoot te beperken, vast door het aandeel van de hernieuwbare energiebronnen te vergroten, teneinde de indicatieve doelstelling van 12 pct. van het bruto interne energieverbruik in de Gemeenschap in 2010 te halen.

Artikel 3 van richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 « betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt » stelt, enerzijds, het indicatieve aandeel van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in het totale elektriciteitsverbruik van de Gemeenschap in 2010 vast op 22,1 pct. en bepaalt, anderzijds, voor elke lidstaat nationale indicatieve streefcijfers voor het aandeel van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in het bruto-elektriciteitsverbruik in 2010, waarbij de referentiewaarde voor België is vastgelegd op 6 pct. in 2010.

B.22.3. Die quota's kunnen de wetgever ertoe leiden de hernieuwbare energiebronnen waarvan de rendabiliteit zeer groot wordt geacht, nog meer te bevorderen.

In de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 26 mei 2004, getiteld « Het aandeel van hernieuwbare energie in de EU - Verslag van de Commissie Report overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 2001/77/EG, de evaluatie van het effect van wetgevende instrumenten en andere communautaire beleidsmaatregelen op de ontwikkeling van de bijdrage van hernieuwbare energiebronnen in de EU en voorstellen voor concrete acties », staat aldus te lezen :

« Windenergie-installaties voor de kust zullen steeds belangrijker worden naarmate er op het land steeds minder goede windenergielocaties overblijven. Offshorewindenergie biedt verscheidene voordelen. Op zee is de wind sterker en betrouwbaarder (de meeste mariene locaties in de Noord-Europese wateren zullen naar verwachting tussen 20 % en 40 % meer windenergie leveren dan goede kustlocaties). Verder zijn er geen omwonenden die bang zijn hiervan hinder te ondervinden. Maar wel moet gezegd dat elektriciteitsopwekking in offshore-windturbines momenteel veel meer kost dan in op het land gelegen installaties.

Denemarken, is met het grootste windkrachtaandeel van alle lidstaten, een pionier op het gebied van offshore-windenergie. Het VK maakte in juli 2003 bekend dat het offshoreprojecten zou gaan sponsoren. Dit zijn positieve ontwikkelingen die andere lidstaten tot voordeel [lees : voorbeeld] zouden moeten strekken » (COM (2004) 366 definitief – niet bekendgemaakt in het *Publicatieblad*, punt 2.8.1, p. 21).

De voormelde mededeling besluit dat met een communautair windenergiebeleid de nodige netinfrastructuur zal moeten worden versterkt en het onderzoek naar en de ontwikkeling van de offshore-installaties zal moeten worden ondersteund (*ibid.*, punt 4.3.3, p. 42).

B.22.4. Punt 3.51 van bijlage III van beschikking nr. 1229/2003/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 « tot opstelling van richtsnoeren voor trans-Europese netwerken in de energiesector en houdende intrekking van Beschikking nr. 1254/96/EG » vermeldt « nieuwe aansluitingen voor offshore-windenergie in België » onder de projecten van gemeenschappelijk belang voor de Gemeenschap, waarvoor de lidstaten, op grond van artikel 6, lid 6, van de voormelde beschikking, alle maatregelen nemen die zij nodig achten om de verwezenlijking ervan te vergemakkelijken en te versnellen.

In haar advies van 1 september 2005 betreffende het 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 heeft de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (CREG) overigens onderstreept :

« Offshore-windenergie neemt immers een zeer belangrijke plaats in wat betreft het respecteren van de Belgische verplichtingen op het vlak van de ontwikkeling van de hernieuwbare energie » (punt 7, p. 6).

B.23.1. Een doeltreffende bevordering van een sector van de hernieuwbare energie dient rekening te houden met de technische en geografische kenmerken van de installaties voor de productie van die energie.

Artikel 4, lid 2, van de voormelde richtlijn 2001/77/EG bepaalt immers dat het eventuele voorstel voor een communautaire kaderregeling betreffende steunregelingen ten behoeve van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen met name « rekening [zou] moeten houden met het karakter van de verschillende hernieuwbare energiebronnen en met de verschillende technieken en de geografische verschillen ».

De bestreden bepaling maakt het aldus mogelijk het juridisch kader aan te vullen dat artikel 6 van de wet van 29 april 1999 had vastgesteld, door zich te laten leiden door het Europees beleid tot aanmoediging van sommige hernieuwbare energiebronnen.

B.23.2. Het gegeven dat de offshorewindmolens in de territoriale zee zijn gelegen, houdt in dat die installaties moeten worden aangesloten op het net op het vasteland, wat specifieke kosten met zich meebrengt die niet op nuttige wijze kunnen worden vergeleken met de kosten verbonden aan de andere hernieuwbare energiebronnen, met name de onshorewindmolens.

Teneinde de op Europees niveau aangemoedigde ontwikkeling van de windmolens op zee te bevorderen, vermag de federale wetgever het dus noodzakelijk te achten een deel van de financiering van de aanzienlijke investeringen voor de installatie van offshorewindmolens ten laste van de netbeheerder te leggen, waarbij het bedrag en de duur van die financiering wordt beperkt, alsook te voorzien in financiële compensaties wanneer de domeinconcessie wordt ingetrokken of het project wordt stopgezet, om redenen die niet toe te schrijven zijn aan de nalatigheid van de concessiehouder.

B.23.3. Uit het verslag aan de Koning dat voorafgaat aan het koninklijk besluit van 5 oktober 2005 « tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen » blijkt overigens dat de ontwikkeling van de offshorewindmolenprojecten eveneens dient te worden gestimuleerd « ingevolge de beslissing van de federale regering van eind 2003, om slechts domeinconcessies toe te staan omwille van milieuredenen vanaf een

twintigtal km verwijderd van de kust, wat de installatie- en onderhoudskosten verhoogt » (*Belgisch Staatsblad*, 14 oktober 2005, p. 44.334).

B.24.1. De bijzondere situatie van de offshorewindmolens onderscheidt hen overigens ook, ten aanzien van de bevoegdheidverdelende regels, fundamenteel van de andere hernieuwbare energiebronnen.

De bevordering van de hernieuwbare energiebronnen - waaronder de onshorewindmolens - behoort immers in beginsel tot de bevoegdheid van de gewesten, vermits artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, onder de gewestelijke aspecten van de energie « de nieuwe energiebronnen » en « het rationeel energieverbruik » vermeldt.

Die bevoegdheid inzake de bevordering van de hernieuwbare energiebronnen is ten uitvoer gelegd door het Vlaamse decreet van 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, het Waalse decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt en de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

De verschillende gewesten voorzien met name in de invoering van een systeem van « groenestroomcertificaten » en van een steunregeling voor de productie van « groene stroom », alsook de mogelijkheid om openbaredienstverplichtingen in verband met de bevordering van de hernieuwbare energiebronnen aan de netbeheerder(s) op te leggen.

B.24.2. In tegenstelling tot wat het geval is met de andere hernieuwbare energiebronnen, met name de onshorewindmolens, die in principe door de gewesten worden bevorderd, houdt het feit dat de offshorewindmolens in de territoriale zee zijn gelegen, in dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie als de regels inzake de financiering van de installaties betreft, integraal onder de bevoegdheid van de federale Staat vallen.

De verzoekende partijen stellen die bevoegdheid overigens geenszins ter discussie.

In de parlementaire voorbereiding heeft de minister, in verband met een eventuele discriminatie ten aanzien van de onshorewindmolens, overigens eraan herinnerd :

« [De] federale Staat [is] bevoegd [...] voor wat de Noordzee betreft, terwijl de continentale windmolens tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten behoren. Om de doelstellingen van Kyoto te bereiken, heeft de regering aangegeven dat ze in dat soort van duurere energie wil investeren. De positieve weerslag op het milieu rechtvaardigt dergelijke hogere kosten » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 16).

B.24.3. De regels inzake de financiering van de installaties voor de productie van elektriciteit door offshorewindmolens (artikel 7, §§ 2 en 4, van de wet van 29 april 1999), door een openbaredienstverplichting aan de netbeheerder op te leggen of door een investeringszekerheid te garanderen, kunnen dus niet op nuttige wijze worden vergeleken met de regels inzake de financiering van de installaties voor de productie van elektriciteit uit andere hernieuwbare energiebronnen, aangezien zij onder verschillende wetgevers ressorteren.

B.24.4. Bovendien kunnen de verschillende hernieuwbare energiebronnen niet met elkaar worden vergeleken ten aanzien van het voordeel van een federale maatregel, aangezien er gewestelijke steunmaatregelen voor de productie van elektriciteit uit andere hernieuwbare energiebronnen dan de wind op zee bestaan, die de offshorewindmoleninstallaties niet genieten.

B.24.5. Een verschil in behandeling in aangelegenheden waar de federale Staat en de gewesten over eigen bevoegdheden beschikken, is het mogelijke gevolg van onderscheiden beleidsvormen, wat is toegelaten door de autonomie die hun door of krachtens de Grondwet is toegekend; een dergelijk verschil kan op zich niet strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geacht. Die autonomie zou geen betekenis hebben, indien verschillen in behandeling tussen adressaten van regels die in eenzelfde aangelegenheid toepasselijk zijn, als zodanig strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zouden worden geacht.

B.25. Zowel op technisch vlak als op het vlak van de bevoegdheidsverdelende regels kan de situatie van de windmolens in de territoriale zee, wat de financiering ervan betreft, dus niet worden vergeleken met de situatie van de windmolens op het vasteland, noch met die van de andere hernieuwbare energiebronnen.

B.26. Voor het overige vormt, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen aanvoeren, het vermogen in megawatt van de projecten geen criterium dat tot het verlies van de financiering kan leiden, maar slechts een criterium voor evenredige toepassing van die financiering.

Het door de verzoekende partijen aangevoerde verschil in behandeling tussen de projecten voor offshorewindmolenparken volgens hun vermogen bestaat dus niet.

De regels betreffende de productieafwijking (artikel 7, § 3, van de wet van 29 april 1999)

B.27.1. De verzoekende partijen zijn van mening dat de federale wetgever, door een tolerantie­marge betreffende de productieafwijking in te voeren, die tot doel heeft de ongelijkmatige productie van de offshorewindmolens te beperken, de andere wijzen van productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen discrimineert, vermits een dergelijk mechanisme niet bestaat voor de andere hernieuwbare energiebronnen, met name de onshorewindmolens.

Volgens de verzoekende partijen toont evenwel geen enkel element aan dat de offshorewindmolens in grotere mate dan de andere hernieuwbare energiebronnen, met name de onshorewindmolens, zouden lijden onder een probleem van rendabiliteit of onvoorspelbaarheid.

B.27.2. Zij voeren met name artikel 11, lid 7, van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 « betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG » aan, dat bepaalt :

« De door transportnetbeheerders vastgestelde regels voor het balanceren van het elektriciteitsnet, waaronder de regels voor de vaststelling van de tarieven die zij netgebruikers voor verstoringen van de energiebalans aanrekenen, zijn objectief, transparant en niet-discriminerend. De voorwaarden, met inbegrip van de regels en tarieven, voor het verlenen van dergelijke diensten door transportnetbeheerders worden volgens een methode die in overeenstemming is met artikel 23, lid 2, vastgesteld op een niet-discriminerende wijze die de kostprijs getrouw weerspiegelt. De voorwaarden worden bekendgemaakt ».

B.28.1. Uit artikel 6, § 1, VII, tweede lid, blijkt, zonder afbreuk te doen aan artikel 6, §§ 3 en 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat de federale overheid een ruime bevoegdheid heeft behouden inzake het energiebeleid, met name in verband met de maatregelen betreffende de organisatie van de markt en de tarifiering die de ontwikkeling van de hernieuwbare energiebronnen kunnen bevorderen.

Als regels betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt vallen de maatregelen betreffende de berekening van de productieafwijking onder de bevoegdheid van de federale Staat en kunnen zij niet leiden tot een onverantwoord verschil in behandeling tussen de verschillende hernieuwbare energiebronnen.

B.28.2. Wat de offshorewindmoleninstallaties betreft, voorziet de bestreden bepaling erin dat de Koning de nadere regels voor de berekening van de productieafwijking vaststelt, rekening houdend met de in de wet opgesomde criteria (artikel 7, § 3, van de wet van 29 april 1999).

In de parlementaire voorbereiding worden de motieven die de specifieke bepalingen betreffende de voor het evenwicht van de offshorewindmolens toepasselijke tolerantie marge verantwoorden, als volgt uiteengezet :

« Elektriciteit wordt verhandeld op de groothandelsmarkt op basis van genomineerde hoeveelheden op de dag voor, of ten laatste enkele uren voor de werkelijke productie. Indien afwijkingen optreden ten opzichte van de nominaties, die leiden tot verschillen tussen geïnjecteerde (productie of import) en afgenomen (verbruik of export) energie van de marktpartijen (onbalans), worden deze afwijkingen verrekend via een tariefmechanisme voor onbalansenergie van de netbeheerder, of via een marktmechanisme voor onbalansenergie. Beide types mechanismen veroorzaken een meerkost voor de producenten. Deze meerkost ontstaat omdat, door het onvoorziene karakter, de onbalansprijs voor tekorten, gemiddeld genomen, hoger is dan de marktprijs en de onbalansprijs voor overschotten, gemiddeld genomen, lager is dan de marktprijs.

De bepalingen van artikel 7, § 3, van de Elektriciteitswet die door dit artikel geïntroduceerd worden, vormen een steunmaatregel om deze meerkost te beperken, aangezien zij ertoe strekken de afwijkingen te compenseren tegen voorwaarden die dicht aanleunen bij de marktprijs. De marge van 10 % die aangehouden wordt ten opzichte van de marktprijs, is noodzakelijk om de concessionaris aan te sporen om een maximale kwaliteit van de nominaties na te streven, in het belang van de veiligheid en betrouwbaarheid van de stroomvoorziening. De kost van deze steunmaatregel wordt via de tarieven van de netbeheerder doorgerekend » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/001, pp. 50-51).

De verhoging van de tolerantiemarge is dus verantwoord : « want elektriciteit uit wind kan niet met dezelfde regelmaat als de klassieke elektrische energie worden geproduceerd » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 4, en *Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1302/4, p. 4).

B.28.3. Ten aanzien van de andere installaties voor de productie van elektriciteit bepaalt artikel 4, § 4, van de wet van 29 april 1999, zoals ingevoegd bij artikel 61 van de wet van 20 juli 2005 :

« Na advies van de commissie legt de Koning, bij besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de bijzondere voorwaarden met betrekking tot de productieafwijking vast, van toepassing op de nieuwe productie-installaties, ongeacht de aard van de gebruikte primaire energie, wanneer de houder van de vergunning van de nieuwe installatie, alleen of met de installaties van de bedrijven waarmee hij verbonden is, voor niet meer dan 10 procent van de in België tijdens het voorbije jaar verbruikte energie bevoorraad heeft. Voor de productie-installaties hierboven vermeld, werkend op basis van hernieuwbare energie of warmtekrachtkoppeling worden deze bijzondere voorwaarden vastgelegd na overleg met de Gewesten ».

Die bepaling maakt het de Koning dus mogelijk regels vast te stellen betreffende de productieafwijking voor de andere nieuwe installaties voor de productie van elektriciteit dan de offshorewindmolens, ongeacht of die installaties al dan niet gebruik maken van hernieuwbare energiebronnen.

Het doel van die maatregel bestond erin « de toegang van nieuwe energieproducenten tot de markt gemakkelijker [te maken] » (*Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1302/4, p. 4), « door steun te verlenen aan de kleine elektriciteitsproducenten (die minder dan 10 % van de in België verbruikte energie aanbrenge) » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 4).

Volgens de parlementaire voorbereiding bestaat die maatregel erin « dat, mits naleving van de voorwaarden die zijn bepaald door de Koning, de nieuwe productie-installaties kunnen genieten van een tolerantiegraad inzake het evenwicht. [...] Het besluit wordt genomen na advies van de commissie. Dit advies bevat een studie van de impact van deze bepaling op de tarieven » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/001, pp. 49-50).

B.28.4. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen aanvoeren, is de Koning dus ertoe gemachtigd de nadere regels voor de berekening van de productieafwijking te bepalen, zowel voor de nieuwe offshorewindmoleninstallaties als voor de andere nieuwe installaties op basis van andere hernieuwbare energie.

Het gegeven dat sommige criteria in de wet voor de offshorewindmolens en niet voor de andere hernieuwbare energiebronnen worden gedefinieerd, vormt op zich geen discriminatie, maar strekt integendeel ertoe rekening te houden met de principiële bevoegdheid van de gewesten voor de andere hernieuwbare energiebronnen, waarbij de Koning de voorwaarden betreffende de productieafwijking ten aanzien van hen slechts na overleg met de gewesten vermag te bepalen.

Er zij overigens eraan herinnerd dat een amendement dat in de Kamer is neergelegd teneinde de bepaling van artikel 7, § 3, van de wet van 29 april 1999 uit te breiden tot « alle andere installaties die hernieuwbare energiebronnen aanwenden » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/023) eenparig is verworpen, omdat « enkel de *off-shore*-windmolenparken behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/027, p. 3).

B.28.5. Wanneer een wetgever een machtiging verleent, dient overigens te worden aangenomen, behoudens aanwijzingen in tegenovergestelde zin, dat hij de gemachtigde enkel de bevoegdheid verleent om die machtiging aan te wenden in overeenstemming met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Het zal bijgevolg aan de bevoegde rechter staan na te gaan of het gebruik, door de Koning, van de bij de artikelen 4, § 4, en 7, § 3, van de wet van 29 april 1999 verleende machtigingen, gelet op de specifieke kenmerken van de verschillende vormen van hernieuwbare energie, zal voldoen aan het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

B.29. Het eerste middel is niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 5 december 2006.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior