KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 33.389/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 8 mei 2002 door de Staatssecretaris voor Energie en Duurzame Ontwikkeling verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven en de boekhouding van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit", heeft op 14 mei 2002 het volgende advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 33.389/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement durable, le 8 mai 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs et de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité", a donné le 14 mai 2002 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, eerste lid, 2˚, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd door de omstandigheid dat

> "la loi du 29 avril 1999 précitée vise à transposer en droit belge les dispositions de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communautaires pour le marché intérieur de l'électricité; que le délai pour la transposition de cette directive a expiré le 19 février 2000; que le Gouvernement belge a annoncé qu'il voulait tout mettre en oeuvre pour transposer la directive dans ce délai; que le Gouvernement estime que tout retard dans la transposition peut nuire à la compétitivité de l'industrie belge compte tenu de l'important mouvement d'accélération du processus de transposition de la directive dans les autres Etats membres de l'Union européenne; que la mise en place de tarifs d'accès aux réseaux de distribution constitue une condition indispensable à l'ouverture des marchés de l'électricité décidée par l'autorité régionale; que le retard pris dans la mise en place de ces tarifs consituent une menace pour l'ouverture effective de ces marchés à la concurrence; que le présent arrêté doit dès lors être pris dans les délais prescrits par l'article 84, alinéa 1er, 2˚, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat".

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

De paragrafen 1 tot 3 van artikel 12 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt voorzien in een regeling voor de vaststelling van de tarieven voor de aansluiting op het transmissienet en het gebruik ervan en voor de ondersteunende diensten geleverd door de beheerder ervan en verlenen binnen het raam hiervan bepaalde bevoegdheden aan de Koning.

Krachtens artikel 12, § 4, van die wet kan de Koning, na overleg met de gewestregeringen, tegen de door hem bepaalde voorwaarden het toepassingsgebied van die bepalingen uitbreiden tot de tarieven voor aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, alsook tot de tarieven voor de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten.

In het om advies voorgelegde ontwerpbesluit wordt gebruik gemaakt van die mogelijkheid en wordt de algemene tariefstructuur voor de aansluiting op en het gebruik van de distributienetten en voor het gebruik van de ondersteunende diensten vastgelegd.

Uit de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, voorgelegde stukken blijkt evenwel niet dat het door artikel 12, § 4, van de wet van 29 april 1999 vereiste overleg met de gewestregeringen heeft plaatsgevonden.

Weliswaar blijkt uit die stukken dat het ontwerp is besproken in twee vergaderingen waarop vertegenwoordigers van de kabinetten van de bevoegde ministers aanwezig waren.

Uit het plaatsvinden van die vergaderingen kan evenwel niet worden afgeleid dat voldaan is aan het overlegvereiste waaraan zo-even werd gerefereerd. Een gedachtewisseling die werd gehouden tijdens een vergadering van een werkgroep bestaande uit kabinetsleden kan immers, zoals de Raad van State, afdeling wetgeving, reeds meermaals heeft opgemerkt, niet worden gelijkgesteld met een overleg tussen de federale regering en de gewestregeringen.

Uit wat voorafgaat volgt dat niet is voldaan aan een voorafgaand vormvereiste, zodat het ontwerp niet in zoverre gereed is dat het door de Raad van State, afdeling wetgeving, kan worden onderzocht. Aan die vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door het gegeven dat het vereiste van overleg met de gewesten wordt opgelegd door een gewone wet, zodat de gewesten, gelet op hun autonomie, niet kunnen worden verplicht om aan dat overleg deel te nemen. Enerzijds heeft die vaststelling niet als gevolg dat de federale overheid zich zou mogen onttrekken aan een verplichting die zij haarzelf heeft opgelegd, anderzijds dient, van zodra de bevoegde gewestoverheden wensen deel te nemen aan het bij de wet voorgeschreven overleg, dat overleg plaats te vinden op het bij de betrokken wet voorgeschreven niveau.

Over het ontwerp zal derhalve overleg dienen te worden gepleegd met de gewestregeringen. Op zijn minst zullen die regeringen dienen kennis te nemen van de conclusies van de voornoemde vergaderingen en moeten ze in de mogelijkheid worden gesteld eventuele opmerkingen betreffende het ontwerp te formuleren en over die opmerkingen te dialogeren met de federale regering.

.../...

Nadat aldus aan het door artikel 12, § 4, van de wet van 29 april 1999 gestelde vormvereiste is voldaan, zal het ontwerp opnieuw aan de Raad van State, afdeling wetgeving, dienen te worden voorgelegd [1].

Ondanks de niet-ontvankelijkheid van de adviesaanvraag, meent de Raad van State nu reeds in verband met de rechtsgrond van het ontwerp het volgende te moeten opmerken.

1. Vraag is wat de draagwijdte is van de bepaling dat de tariefposten in verband met de belastingen, heffingen, toeslagen, bijdragen en retributies in de facturatie van de tarieven worden geïntegreerd, maar geen tarieven zijn in de zin van de artikelen 3 tot 6 van het ontworpen besluit (artikel 7, § 1), en hoe die bepaling inpasbaar is binnen artikel 12 van de wet van 29 april 1999, dat de rechtsgrond vormt voor het ontworpen besluit. In dit verband dient onder meer te worden gewezen op artikel 12, § 2, 2° en 3°, van de wet van 29 april 1999, naar luid waarvan de tarieven worden bepaald "in functie van de kosten en zij het de netbeheerder mogelijk (maken) om alle reële kosten te dekken die toerekenbaar zijn aan de taken bedoeld in artikel 8" en zij "een billijke winstmarge (inhouden) ter vergoeding van het kapitaal geïnvesteerd in het transmissienet om de optimale ontwikkeling ervan op lange termijn te waarborgen".

Volgens de ontworpen regeling zouden de inkomstenbelastingen als kost mogen worden beschouwd en aldus in aanmerking worden genomen voor het berekenen van de tarieven. Dit moet echter geacht worden in strijd met de wet te zijn. De netbeheerder, die moet zijn opgericht onder de vorm van een handelsvennootschap, is vennootschapsbelasting verschuldigd en aldus wordt hij krachtens artikel 185 van het Wetboek der Inkomstenbelasting 1992 belast "op het totale bedrag van de winst, uigekeerde dividenden inbegrepen". Die winst vóór belastingen is normaal het verschil tussen inkomsten en uitgaven.

---

[1] De Raad van State, afdeling wetgeving, vestigt er de aandacht op dat zowel de miskenning van het door artikel 12, § 4, van de wet van 29 april 1999 opgelegde vormvereiste, als, behoudens in het geval van behoorlijk gemotiveerde hoogdringendheid, het voorbijgaan aan de verplichting om het ontwerp om advies aan de Raad van State voor te leggen, in voorkomend geval kan leiden tot de vernietiging door de Raad van State, afdeling administratie, van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt.

Uit het in de wet neergelegde systeem, en inzonderheid uit artikel 12, § 2, ervan, volgt evenwel dat winst, op basis waarvan de verschuldigde vennootschaps-belastingen dienen te worden berekend, te onderscheiden is van kosten, zodat die belasting niet als kost kan worden beschouwd, en bijgevolg niet in de tarieven kan worden doorgerekend.

2. Paragraaf 1, 2°, van artikel 25 van het ontwerp heeft dezelfde draagwijdte als artikel 30, § 1, 1°, van de wet van 29 april 1999, terwijl de paragrafen 2 en 3 van het eerstgenoemde artikel een letterlijke weergave zijn van artikel 30, § 3, van die wet.

De genoemde bepalingen uit het ontwerp dienen derhalve te vervallen.

Hetzelfde geldt voor artikel 25, § 4, van het ontwerp; de Koning beschikt immers over geen enkele rechtsgrond om een regeling uit te vaardigen betreffende de eendaadse samenloop, een aangelegenheid die overigens in het Strafwetboek wordt geregeld (zie artikel 65 van dat wetboek).

Conformément à l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée par la circonstance que

> "la loi du 29 avril 1999 précitée vise à transposer en droit belge les dispositions de la Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communautaires pour le marché intérieur de l'électricité; que le délai pour la transposition de cette directive a expiré le 19 février 2000; que le Gouvernement belge a annoncé qu'il voulait tout mettre en oeuvre pour transposer la directive dans ce délai; que le Gouvernement estime que tout retard dans la transposition peut nuire à la compétitivité de l'industrie belge compte tenu de l'important mouvement d'accélération du processus de transposition de la directive dans les autres Etats membres de l'Union européenne; que la mise en place de tarifs d'accès aux réseaux de distribution constitue une condition indispensable à l'ouverture des marchés de l'électricité décidée par l'autorité régionale; que le retard pris dans la mise en place de ces tarifs constituent une menace pour l'ouverture effective de ces marchés à la concurrence; que le présent arrêté doit dès lors être pris dans les délais prescrits par l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat".

FORMALITES PREALABLES

Les paragraphes 1er à 3 de l'article 12 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité prévoient la manière dont sont fixés les tarifs de raccordement au réseau de transport et d'utilisation de celui-ci et celle dont sont fournis les services auxiliaires par le gestionnaire du réseau. En outre, ces dispositions confèrent au Roi certaines compétences à cet égard.

En vertu de l'article 12, § 4 de cette loi, le Roi peut, après concertation avec les gouvernements de région, étendre, aux conditions qu'Il définit, le champ d'application des dispositions précitées aux tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, ainsi qu'aux tarifs des services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux.

Le projet d'arrêté soumis pour avis fait usage de cette faculté et fixe la structure tarifaire générale pour le raccordement aux réseaux de distribution et l'utilisation de ceux-ci ainsi que pour l'utilisation des services auxiliaires.

Il ne ressort toutefois pas des pièces soumises au Conseil d'Etat, section de législation, que la concertation avec les gouvernements de région, requise par l'article 12, § 4, de la loi du 29 avril 1999, a eu lieu.

Il résulte, certes, de ces pièces que le projet a été examiné au cours de deux réunions auxquelles assistaient des représentants des cabinets des ministres compétents.

Il ne peut toutefois se déduire de la tenue de ces réunions que l'obligation de concertation précitée a été respectée. Comme le Conseil d'Etat, section de législation, l'a déjà relevé à plusieurs reprises, un échange de vues qui s'est tenu au cours d'une réunion d'un groupe de travail composé de membres d'un cabinet ne peut pas être assimilé, en effet, à une concertation entre le gouvernement fédéral et les gouvernements de région.

Il résulte de ce qui précède qu'une formalité préalable n'a pas été accomplie, en sorte que le projet n'est pas en état d'être examiné par le Conseil d'Etat, section de législation. Cette constatation n’est en rien infirmée par le fait que l'obligation de concertation avec les régions est imposée par une loi ordinaire, de sorte que les régions ne peuvent être contraintes, compte tenu de leur autonomie, de participer à cette concertation. D'une part, cette constatation n'a pas pour effet d'autoriser l'autorité fédérale à se soustraire à une obligation qu'elle s'est faite à elle-même et, d'autre part, il faut que, dès que les autorités régionales compétentes entendent participer à la concertation prescrite par la loi, cette concertation ait lieu au niveau prescrit par celle-ci.

Par conséquent, le projet devra faire l'objet d'une concertation avec les gouvernements de région. Ceux-ci devront, à tout le moins, prendre connaissance des conclusions des réunions précitées, être mis à même de formuler d'éventuelles observations à propos du projet et d'engager le dialogue sur celles-ci avec le gouvernement fédéral.

Après que la formalité requise par l'article 12, § 4, de la loi du 29 avril 1999 aura ainsi été accomplie, le projet devra être soumis à nouveau au Conseil d'Etat, section de législation [1].

Nonobstant l'irrecevabilité de la demande d'avis, le Conseil d'Etat estime devoir formuler, d'ores et déjà, l'observation suivante en ce qui concerne le fondement légal du projet.

1. La question est de savoir quelle est la portée de la disposition selon laquelle les postes tarifaires liés aux impôts, prélèvements, surcharges, contributions et rétributions sont intégrés dans la facturation des tarifs, mais ne constituent pas des tarifs au sens des articles 3 à 6 de l'arrêté en projet (article 7, § 1er) et comment cette disposition peut se concilier avec l'article 12 de la loi du 29 avril 1999 qui procure le fondement légal à l'arrêté en projet. A cet égard, il faut se référer, notamment, à l'article 12, § 2, 2°, et 3°, de la loi du 29 avril 1999, en vertu duquel les tarifs sont orientés "en fonction des coûts et permettent au gestionnaire du réseau de couvrir l'ensemble des coûts réels imputables aux tâches visées à l'article 8" et "comprennent une marge bénéficiaire équitable pour la rémunération des capitaux investis dans le réseau de transport en vue d'assurer le développement optimal de celui-ci à long terme".

Selon la disposition en projet, les impôts sur les revenus pourraient être considérés comme des frais et intervenir, dès lors, dans la tarification. Cela doit toutefois être regardé comme contraire à la loi. Le gestionnaire du réseau, qui doit être constitué sous la forme d'une société commerciale, est soumis à l'impôt des sociétés. En vertu de l'article 185 du Code des impôts sur les revenus 1992, il est donc imposé "sur le montant

---

[1] Le Conseil d'Etat, section de législation, attire l'attention sur le fait que tant la méconnaissance de la formalité imposée par l'article 12, § 4, de la loi du 29 avril 1999 que, sauf dans le cas d'une urgence dûment motivée, le fait d'ignorer l'obligation de soumettre le projet pour avis au Conseil d'Etat, peuvent conduire, le cas échéant, à l'annulation par le Conseil d'Etat, section d'administration, de l'arrêté présentement soumis à l'état de projet.

.../...

total des bénéfices, y compris les dividendes distribués". Ce bénéfice avant contributions est normalement la différence entre les recettes et les dépenses.

Il résulte toutefois du régime instauré par la loi, et notamment de son article 12, § 2, qu'il faut discerner le bénéfice, sur la base duquel doivent se calculer les impôts des sociétés, des frais, en sorte que ces impôts ne peuvent être considérés comme des frais ni, par conséquent, se répercuter sur les tarifs.

2. Le paragraphe 1er, 2°, de l'article 25 du projet a la même portée que l'article 30, § 1er, de la loi du 29 avril 1999, alors que les paragraphes 2 et 3 de l'article mentionné en premier lieu reproduisent littéralement l'article 30, § 3, de cette loi.

Les dispositions précitées doivent dès lors être omises du projet.

La même observation vaut pour l'article 25, § 4, du projet; en effet, le Roi ne dispose d'aucun fondement légal pour édicter une règle concernant le concours idéal d'infractions, une matière qui est réglée, au demeurant, par le Code pénal (voir l'article 65 de ce code).

De kamer was samengesteld uit

de Heren Messieurs	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter, président de chambre,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden, conseillers d'Etat,
Mevrouw Madame	A. BECKERS,	griffier, greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. SMETS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. K. BAMS, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

A. BECKERS

La chambre était composée de

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. SMETS.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme K. BAMS, référendaire adjoint.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

M. VAN DAMME