

RF

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 40.580/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 29 mai 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un amendement du Gouvernement à l'avant-projet de loi "portant des dispositions diverses urgentes", a donné le 1^{er} juin 2006 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"Het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten is herzien door de artikelen 34 tot 40 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten.

Met name, voorziet artikel 38 van de wet dat «de belastingplichtigen onderworpen aan de rechtspersonenbelasting waarvan de activiteit hoofdzakelijk of bijkomstig bestaat uit de productie van elektriciteit met het oog op de verkoop ervan, vanaf het eerste belastbaar tijdperk afgesloten na 31 december 2006 aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn». Deze maatregel had ten doel alle grote elektriciteitsproducenten, daaronder begrepen de rechtspersonen zoals de «SPE», de producenten onder de gemengde intercommunales en de distributie-intercommunales op dezelfde wijze te behandelen (cf. Kamer, ordinaire sessie, 1998-1999, dok. 2025/6, blz. 30).

De bepaling raakt echter eveneens de kleine producenten van elektriciteit in de publieke en non-profit sector, zoals bijvoorbeeld gemeenten en VZW's, die als bijkomstige activiteit elektriciteit produceren uit hernieuwbare energieën of bij co-generatie van stoom-elektriciteit uit aardgas.

Ook de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, in het bijzonder deze die zich inlaten met afvalverwerking, dreigen onder het toepassingsgebied van artikel 38 van de wet te vallen.

Hoger genoemde actoren hebben beslist om over te gaan tot de verzelfstandiging van hun elektriciteitsproductie, tenzij bij een tijdige wijziging van artikel 38 van de wet van 29 april 1999. De financiële impact van een onderworpenheid aan de vennootschapsbelastingen is voor deze actoren financieel niet haalbaar. Het dreigt hun werking en de financiering van hun activiteiten te ontwrichten.

De verzelfstandiging van de elektriciteit zou hetzij geschieden middels een contract (bijvoorbeeld een verkoop), hetzij via de oprichting van een afzonderlijke rechtspersoon voor de elektriciteitsproductie.

Het is duidelijk dat de realisatie van ieder van de verzelfstandigingsopties (met contracten of statuten, mededing en goedkeuring door de interne bestuursorganen, door het toezicht en door de fiscale administratie) heel wat tijd in beslag neemt.

Heel wat door artikel 38 geraakte actoren zijn lokale besturen of met lokale besturen verbonden intercommunales en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zodat er bijkomend nog eens het probleem is van de gemeenteraadsverkiezingen.

.../...

Ook het parlementaire proces tot wetswijziging neemt tijd in beslag. In dit verband wordt verwezen naar het zomerreces.

Indien de wetswijziging niet op zeer korte termijn doorgevoerd wordt, dan hebben de betrokken overheden en non profit instellingen geen andere keuze, vanuit redenen van risicovermijding, om over te gaan tot implementatie van een verzelfstandigingsoptie. Het betreft hier een massale operatie waarbij bijvoorbeeld zo goed als alle intercommunales en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden van afvalverwerking betrokken zijn, alsmede talrijke steden en gemeenten, beschutte werkplaatsen, e.d.m.

Zulks zal een zeer zware financiële kost genereren én mogelijk een aanzienlijke rechtsonzekerheid. Bovendien kunnen onherroepelijke situaties gecreëerd worden. En bovendien zal de financiële en administratieve kost van dergelijke operaties zeer aanzienlijk zijn.

Daarenboven heeft het Waals Gewest een vraag tot belangenconflict ingediend bij de Secretarie van het Overlegcomité met als motivering dat er nog steeds niets is ondernomen om het probleem van de verzelfstandiging van de elektriciteitsproductie (artikel 38 van de wet van 29 april 1999 betreffende het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten) van intercommunales, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden van afvalverwerking, steden, gemeenten, beschutte werkplaatsen, ... op te lossen.

In de gegeven omstandigheden dringt een wetswijziging zich op zeer korte termijn op om voornoemde actoren uit te sluiten van het toepassingsgebied van artikel 38.

Deze bepaling moet dan ook zo vlug mogelijk ingevoerd worden."

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

.../...

Examen de l'avant-projet

Article X

1. La mesure en projet paraît s'apparenter à une aide d'État au sens de l'article 87 du Traité CE : elle est financée par des ressources d'État, elle est susceptible de procurer un avantage économique à ses bénéficiaires, avantage dont il n'est pas totalement exclu qu'il contribue à renforcer leur capacité concurrentielle par rapport à d'autres entreprises dans les échanges intra-communautaires et elle présente un caractère incontestablement sélectif puisqu'elle vise certains contribuables bien déterminés, à savoir ceux qui sont producteurs d'électricité dans les conditions définies par l'amendement.

Il serait, dès lors, prudent de veiller à notifier le régime en projet à la Commission européenne avant de le mettre en oeuvre.

La prudence en la matière s'impose d'autant plus que l'amendement en projet modifie des dispositions qui ont vu le jour notamment pour répondre à "un abondant courrier de la Commission européenne qui fait part d'une suspicion d'aide d'État en faveur des producteurs belges d'électricité", et ce même si les doutes de la Commission semblaient porter sur un autre aspect du régime fiscal des producteurs belges d'électricité que celui que l'amendement examiné entend régler ⁽¹⁾.

2. L'article 38 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité, en ce qu'il assujettit à l'impôt des sociétés, à partir de la première période imposable clôturée après le 31 décembre 2006, les contribuables dont l'activité consiste principalement ou accessoirement en la production d'électricité en vue de sa vente et qui étaient auparavant assujettis à l'impôt des

⁽¹⁾ Voir Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, 2025/6, p. 26.

personnes morales occasionne à ces contribuables, lorsqu'ils ne produisent de l'électricité que dans le cadre d'une activité visée par l'amendement, des difficultés que l'auteur du projet résume comme suit :

"De financiële impact van een onderworpenheid aan de vennootschapsbelastingen is voor deze actoren financieel niet haalbaar. Het dreigt hun werking en de financiering van hun activiteiten te ontwrichten."

Or, l'auteur du projet relève, par ailleurs, que la mesure contenue à l'article 38, précité, visait seulement à "mettre fin à toute distorsion de concurrence (...) parmi les grands producteurs d'électricité effectifs".

Par rapport à ce contexte particulier, il y a lieu de se demander si les inconvénients que vise à combattre l'auteur de l'amendement ne sont pas aussi susceptibles d'être rencontrés par d'autres contribuables que ceux visés par l'amendement.

Si tel était le cas, l'auteur de l'amendement devrait être en mesure de justifier, dans le respect du principe d'égalité, pourquoi l'avantage que la disposition en projet tend à apporter aux contribuables qui produisent de l'électricité à titre accessoire à partir d'énergies renouvelables ou par co-génération vapeur-électricité à partir de gaz naturel, d'une part, et aux contribuables qui produisent de l'électricité pour laquelle il est principalement fait usage d'une matière première qui est issue d'une activité de traitement de déchets sur le même site d'exploitation, d'autre part, n'est pas formellement étendu à l'ensemble des contribuables actuellement soumis à l'impôt des personnes morales et qui produisent de l'électricité au titre d'une activité accessoire ou à certains autres d'entre eux qui produiraient de l'électricité selon d'autres techniques ou par la mise en oeuvre d'autres moyens que ceux identifiés par l'amendement.

3. Le régime fiscal applicable aux producteurs d'électricité tel qu'il est réglé par les articles 34 à 40 de la loi du 29 avril 1999, précitée, est issu d'un amendement gouvernemental qui n'a pas été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État et qui ne précise pas les critères de distinction entre un producteur d'électricité à titre principal et un producteur d'électricité à titre accessoire.

.../...

Le commentaire de l'article X énonce qu' :

- "- il est satisfait à la condition «activité accessoire» lorsque les revenus nets de production d'électricité ne représentent pas 25 % des revenus annuels du contribuable, y compris les revenus nets provenant d'incitants énergétiques (certificats verts,...);"
- "- il est satisfait à la condition "utilisation principale" lorsque, sur une base annuelle, plus de 75 % de la matière première utilisée pour la production d'électricité en capacité énergétique (par exemple, vapeur, eau bouillante ou biogaz) est issue d'une activité de traitements de déchets."

Comme l'exige l'article 170, § 1^{er}, de la Constitution, ces précisions, qui portent sur un élément essentiel du régime fiscal frappant les producteurs d'électricité, doivent figurer dans le dispositif de la loi et non dans son commentaire.

Article X+2

Le Conseil d'État suppose qu'il faut lire "article X+1" à la place de "article 111" et "article X+2" à la place de "article 112".

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. RONVAUX, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

RF

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.580/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 29 mei 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een amendement van de Regering bij het voorontwerp van wet "houdende dringende diverse bepalingen", heeft op 1 juni 2006 het volgende advies gegeven :

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief met de adviesaanvraag als volgt :

"Het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten is herzien door de artikelen 34 tot 40 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten.

Met name, voorziet artikel 38 van de wet dat «de belastingplichtigen onderworpen aan de rechtspersonenbelasting waarvan de activiteit hoofdzakelijk of bijkomstig bestaat uit de productie van elektriciteit met het oog op de verkoop ervan, vanaf het eerste belastbaar tijdperk afgesloten na 31 december 2006 aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn». Deze maatregel had ten doel alle grote elektriciteitsproducenten, daaronder begrepen de rechtspersonen zoals de «SPE», de producenten onder de gemengde intercommunales en de distributie-intercommunales op dezelfde wijze te behandelen (cf. Kamer, ordinaire sessie, 1998- 1999, dok. 2025/6, blz. 30).

De bepaling raakt echter eveneens de kleine producenten van elektriciteit in de publieke en non-profit sector, zoals bijvoorbeeld gemeenten en VZW's, die als bijkomstige activiteit elektriciteit produceren uit hernieuwbare energieën of bij co-generatie van stoom-elektriciteit uit aardgas.

Ook de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, in het bijzonder deze die zich inlaten met afvalverwerking, dreigen onder het toepassingsgebied van artikel 38 van de wet te vallen.

Hoger genoemde actoren hebben beslist om over te gaan tot de verzelfstandiging van hun elektriciteitsproductie, tenzij bij een tijdige wijziging van artikel 38 van de wet van 29 april 1999. De financiële impact van een onderworpenheid aan de vennootschapsbelastingen is voor deze actoren financieel niet haalbaar. Het dreigt hun werking en de financiering van hun activiteiten te ontwrichten.

De verzelfstandiging van de elektriciteit zou hetzij geschieden middels een contract (bijvoorbeeld een verkoop), hetzij via de oprichting van een afzonderlijke rechtspersoon voor de elektriciteitsproductie.

Het is duidelijk dat de realisatie van ieder van de verzelfstandigingsopties (met contracten of statuten, mededing en goedkeuring door de interne bestuursorganen, door het toezicht en door de fiscale administratie) heel wat tijd in beslag neemt.

Heel wat door artikel 38 geraakte actoren zijn lokale besturen of met lokale besturen verbonden intercommunales en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zodat er bijkomend nog eens het probleem is van de gemeenteraadsverkiezingen.

.../...

Ook het parlementaire proces tot wetswijziging neemt tijd in beslag. In dit verband wordt verwezen naar het zomerreces.

Indien de wetswijziging niet op zeer korte termijn doorgevoerd wordt, dan hebben de betrokken overheden en non profit instellingen geen andere keuze, vanuit redenen van risicovermijding, om over te gaan tot implementatie van een verzelfstandigingsoptie. Het betreft hier een massale operatie waarbij bijvoorbeeld zo goed als alle intercommunales en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden van afvalverwerking betrokken zijn, alsmede talrijke steden en gemeenten, beschutte werkplaatsen, e.d.m.

Zulks zal een zeer zware financiële kost genereren én mogelijk een aanzienlijke rechtsonzekerheid. Bovendien kunnen onherroepelijke situaties gecreëerd worden. En bovendien zal de financiële en administratieve kost van dergelijke operaties zeer aanzienlijk zijn.

Daarenboven heeft het Waals Gewest een vraag tot belangenconflict ingediend bij de Secretarie van het Overlegcomité met als motivering dat er nog steeds niets is ondernomen om het probleem van de verzelfstandiging van de elektriciteitsproductie (artikel 38 van de wet van 29 april 1999 betreffende het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten) van intercommunales, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden van afvalverwerking, steden, gemeenten, beschutte werkplaatsen, ... op te lossen.

In de gegeven omstandigheden dringt een wetswijziging zich op zeer korte termijn op om voornoemde actoren uit te sluiten van het toepassingsgebied van artikel 38.

Deze bepaling moet dan ook zo vlug mogelijk ingevoerd worden."

*

* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

.../...

Onderzoek van het voorontwerp

Artikel X

1. De ontworpen maatregel lijkt veel weg te hebben van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van de EG-Verdrag : die steunmaatregel wordt met staatsmiddelen bekostigd, kan voor de begunstigten ervan een economisch voordeel opleveren, waarvan niet helemaal uitgesloten is dat het bijdraagt tot de versterking van hun concurrentievermogen tegenover andere ondernemingen in het intracommunautair verkeer en is onbetwistbaar een selectieve maatregel, aangezien hij betrekking heeft op sommige welbepaalde belastingplichtigen, namelijk degenen die elektriciteitsproducenten zijn onder de door het amendement omschreven voorwaarden.

Men dient derhalve voorzichtig te zijn en erop toe te zien dat de Europese Commissie van de ontworpen regeling in kennis wordt gesteld, alvorens ze ten uitvoer wordt gelegd.

Voorzichtigheid ter zake is des te noodzakelijker daar het ontworpen amendement bepalingen wijzigt die meer bepaald tot stand zijn gekomen om te antwoorden op "een uitgebreide briefwisseling met de Europese Commissie, die heeft laten weten dat ze vermoedt dat het stelsel neerkomt op een vorm van staatssteun ten voordele van de Belgische elektriciteitsproducenten", ook al leek de twijfel van de Commissie betrekking te hebben op een ander aspect van de fiscale regeling voor de Belgische elektriciteitsproducenten dan het aspect dat het onderzochte amendement beoogt te regelen ⁽¹⁾.

2. Artikel 38 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten, in zoverre het, vanaf het eerste belastbaar tijdperk afgesloten na 31 december 2006, belastingplichtigen wier activiteit hoofdzakelijk of bijkomstig bestaat uit de productie van elektriciteit met het oog op de verkoop ervan en die voordien aan de rechtspersonenbelasting waren onderworpen, aan de vennootschapsbelasting onderwerpt, doet voor deze belastingplichtigen, wanneer

⁽¹⁾ Zie Gedr. St., Kamer, 1998-1999, 2025/6, blz. 26.

ze alleen in het kader van een activiteit bedoeld in het amendement elektriciteit produceren, problemen rijzen die de steller van het ontwerp als volgt samenvat :

"De financiële impact van een onderworpenheid aan de vennootschapsbelastingen is voor deze actoren financieel niet haalbaar. Het dreigt hun werking en de financiering van hun activiteiten te ontwrichten."

De steller van het ontwerp wijst er echter bovendien op dat de in het voormelde artikel 38 vervatte maatregel alleen tot doel had "iedere concurrentievervalsing (...) tussen grote en daadwerkelijke elektriciteitsproducenten ongedaan te maken".

Gelet op deze bijzondere context, rijst de vraag of ook andere belastingplichtigen dan degenen op wie het amendement betrekking heeft, kunnen worden geconfronteerd met de nadelen die de steller van het amendement beoogt te bestrijden.

Indien dit het geval was, zou de steller van het amendement met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel moeten kunnen wettigen om welke reden het voordeel dat de ontworpen bepaling beoogt in te voeren voor de belastingplichtigen die als bijkomstige activiteit elektriciteit produceren uit vernieuwbare energieën of bij cogeneratie van stoom-elektriciteit uit aardgas, enerzijds, en voor de belastingplichtigen die elektriciteit produceren waarbij hoofdzakelijk gebruik wordt gemaakt van een grondstof die afkomstig is van een afvalverwerkingsactiviteit op dezelfde exploitatieplaats, anderzijds, niet uitdrukkelijk uitgebreid wordt tot alle belastingplichtigen die thans onderworpen zijn aan de rechtspersonenbelastingen en die elektriciteit produceren als bijkomstige activiteit of tot sommige anderen onder hen die elektriciteit zouden produceren volgens andere technieken of door het gebruik van andere middelen dan die welke in het amendement worden aangegeven.

3. Het fiscaal statuut dat van toepassing is op de elektriciteitsproducenten zoals het geregeld is door de artikelen 34 tot 40 van de genoemde wet van 29 april 1999, is ontstaan uit een regeringsamendement dat niet om advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State is voorgelegd en waarin niet de criteria worden aangegeven op basis waarvan een onderscheid wordt gemaakt tussen een producent die als bijkomstige

.../...

activiteit elektriciteit produceert en een producent die als hoofdactiviteit elektriciteit produceert.

In de bespreking van artikel X staat het volgende :

- "- Aan de voorwaarde «bijkomstige activiteit» is voldaan indien de netto-inkomsten uit elektriciteitsproductie minder bedragen dan 25 % van de jaarlijkse netto-inkomsten van de belastingplichtige, de netto-inkomsten uit energetische stimulerende middeleinden (groene certificaten, ...) inbegrepen;"
- "- Aan de voorwaarde «hoofdzakelijk gebruik» is voldaan indien, op jaarbasis, meer dan 75 % van de grondstof in energetische capaciteit (bijvoorbeeld stoom, heet water of biogas) voor de elektriciteitsproductie afkomstig is van een afvalverwerkingsactiviteit."

Zoals in artikel 170, § 1, van de Grondwet is voorgeschreven, moeten deze verduidelijkingen, die betrekking hebben op een essentieel gegeven van het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten, in het dispositief van de wet en niet in de toelichting erbij worden opgenomen.

Artikel X + 2

De Raad van State veronderstelt dat "artikel X + 1" moet worden gelezen in plaats van "artikel 111" en "artikel X + 2" in plaats van "artikel 112".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouwen	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. RONVAUX, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS