

KONINKRIJK BELGIË
-----ADVIES 47.498/3
47.499/3
VAN 12 JANUARI 2010VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 24 november 2009 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 26 januari 2010, van advies te dienen over

- een voorstel van wet "tot invoering van een vermijdbare heffing met het oog op het afzwakken van dominante marktposities en ter bevordering van een concurrentiele elektriciteitsmarkt betreffende het op de markt brengen van machines" (*Parl. St.*, Kamer DOC 52 2057/001) (47.498/3);
- een voorstel van wet "wat de invoering van een maximaal marktaandeel op de elektriciteits- en gasmarkt betreft" (*Parl. St.*, Kamer DOC 52 1513/001) (47.499/3),

heeft, na de zaken te hebben onderzocht op de zittingen van 15 december 2009 en 12 januari 2010, het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN DE VOORSTELLEN

1. Zoals in de toelichting bij het om advies voorgelegde wetsvoorstel van de heer Van Noppen (hierna: wetsvoorstel 1513) en in de toelichting bij het wetsvoorstel van de heer Schiltz en consorten (hierna: wetsvoorstel 2057) wordt uiteengezet, wordt de markt voor de productie van elektriciteit in België gedomineerd door één onderneming die op dit moment een aandeel van meer dan 80 % heeft in de markt voor de productie van elektriciteit, en daarbinnen een aandeel van eveneens meer dan 80 % in de nucleaire productiecapaciteit. In de toelichting bij het wetsvoorstel 1513 wordt opgemerkt dat een vergelijkbare situatie zich voordoet op de gasmarkt.

De indieners van de voorstellen gaan ervan uit dat de geschetste situatie het risico inhoudt van misbruik van een economische machtspositie, zoals bijvoorbeeld bij het vaststellen van prijzen.

2. Met de twee wetsvoorstellen wordt de invoering beoogd van een regeling die de betrokken ondernemingen daadwerkelijk ertoe zal aanzetten om hun marktaandeel te reduceren. In wetsvoorstel 1513 gaat het om zowel de elektriciteitsmarkt als de gasmarkt. Het toepassingsgebied van wetsvoorstel 2057 is beperkt tot de elektriciteitsmarkt.

2.1. Het wetsvoorstel 1513 bepaalt dat geen enkele onderneming of groep van ondernemingen mag beschikken over een marktaandeel van meer dan 45 % van het productievermogen voor elektriciteit gelegen op het Belgisch grondgebied, meer dan 45 % van het nucleair productievermogen gelegen op Belgisch grondgebied, of meer dan 45 % van de invoercapaciteit van gas gelegen in België (artikel 2). De respectieve marktaandelen worden op doorlopende basis vastgesteld door de Commissie voor de Regulering van Gas en Elektriciteit (hierna: CREG) (artikel 3). Indien de CREG vaststelt dat het marktaandeel overschreden wordt, legt zij een boete op die gelijk is aan de jaaromzet van de onderneming die overeenstemt met het marktaandeel dat hoger ligt dan het maximale marktaandeel, in evenredigheid met het aantal dagen van het jaar dat het marktaandeel boven het maximum lag (artikel 4).

De bedoeling van de stellers is "om op (het) gebied van de gas- en elektriciteitsmarkt het maximale aandeel van een marktspeler te beperken tot 45 %, zodat zowel op de gasmarkt als op de elektriciteitsmarkt minstens drie spelers ontstaan die de concurrentie met elkaar kunnen aangaan" (toelichting, p. 5).

2.2. De indieners van het wetsvoorstel 2057 willen ook vermijden dat een marktpartij op de elektriciteitsmarkt een marktaandeel van meer dan 45 % zou hebben. Zij verklaren echter het opleggen van een heffing in feite niet genegen te zijn. Hun doel willen zij niettemin bereiken langs fiscale weg, met name door het invoeren van een "vermijdbare heffing" (toelichting, p. 4). Dit gebeurt op basis van een jaarlijkse vaststelling door de CREG van het marktaandeel van iedere producent (artikel 2). Indien het marktaandeel van een producent hoger is dan 45 %, is de betrokken producent jaarlijks gehouden tot het betalen van een heffing. Deze heffing bedraagt respectievelijk 5 %, 3,5 % of 2 % van de totale omzet gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt ¹, naargelang het marktaandeel hoger is of gelijk aan 70 %, lager is dan 70 % maar hoger of gelijk aan 60%, of lager is dan 60% maar hoger dan 45 % (artikel 3, §§ 1 en 2). Het wordt de producenten die tot het betalen van de heffing gehouden zijn, verboden deze op welke wijze ook door te rekenen aan of te verhalen op andere ondernemingen of op de eindafnemer (artikel 3, § 3). Het voorstel bepaalt dat de opbrengst van de heffing bestemd is voor investeringen met betrekking tot energiebesparing en hernieuwbare energiebronnen de financiering van maatregelen ter verlaging van de energieprijzen (artikel 3, § 6).

Volgens de toelichting "willen (de indieners) zeker niet aansturen op het zomaar onteigenen van een bedrijf. Dit wetsvoorstel strekt ertoe om het marktaandeel van Electrabel af te zwakken tot minder dan 45 %. (...) (Het wetsvoorstel wil) de dominante positie van Electrabel inperken om een competitieve productiemarkt te verkrijgen. (...) De heffing zal ophouden te bestaan eens Electrabel haar marktaandeel laat zakken tot lager dan 45 %" (p. 4).

¹In termen van heffingsgrondslag is dit een dubbelzinnige omschrijving, nu de term kan slaan zowel op de volledige omzet van een onderneming, ook met betrekking tot andere activiteiten dan de productie van elektriciteit, als op het enkele deel van de omzet die op die activiteiten betrekking heeft.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Verenigbaarheid van de voorgestelde regelingen met het recht van de Europese Unie

3. De huidige Europese regelgeving betreffende de liberalisering van de elektriciteits- en de gasmarkt bevat geen enkele regeling inzake het beperken van het marktaandeel van de producenten van elektriciteit of gas. Wel wordt bij een verticaal geïntegreerde onderneming opgelegd dat de transmissiesysteembeheerder, althans met betrekking tot zijn rechtsvorm, organisatie en besluitvorming, onafhankelijk moet zijn van andere, niet met transmissie verband houdende activiteiten. Deze regels houden uitdrukkelijk geen verplichting in om de eigendom van de activa van het transmissiesysteem af te scheiden van het verticaal geïntegreerde bedrijf (zie artikel 10 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 artikel 9 van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG²).

Niettemin rijst de vraag of de voor advies voorgelegde voorstellen wel verenigbaar zijn met andere regels en beginselen van Europees recht.

a. Vrije mededinging

4. Vooreerst moet eraan worden herinnerd dat de Europese Commissie de fusie tussen Suez en GdF (op 14 november 2006) heeft onderzocht, vanuit het oogpunt van het Europees mededingingsrecht, naar aanleiding van de aanzegging van die operatie.

²Richtlijn 2003/55/EG wordt opgeheven bij richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG. Die richtlijn moet omgezet zijn tegen 3 maart 2011 en vanaf die datum toegepast worden. De "ontvlechting van eigenaars van transmissiesystemen en opslagsysteembeheerders" wordt geregeld in artikel 15 van richtlijn 2009/73/EG.

Zij heeft daarbij de Belgische elektriciteits- en gasmarkt (die weliswaar ruimer is dan alleen maar de markt voor de productie van elektriciteit en de markt voor de invoer van aardgas, waarop de voorstellen betrekking hebben) in haar beoordeling betrokken. In haar beschikking 2007/194/EG van 14 november 2006 ³ heeft de Commissie een aantal structurele voorwaarden opgelegd. ⁴ Deze voorwaarden hadden, wat elektriciteit betrof, onder meer betrekking op de verkoop van de deelneming van GdF in SPE en, wat gas betrof, onder meer op de verkoop van de deelneming van de Suez-groep in Distrigas. De fusie werd, mits inachtneming van die voorwaarden, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard.

5. Een ander aspect van de vrije mededinging vormt de problematiek van het misbruik van machtspositie.

5.1. Het verwerven van een machtspositie (bijvoorbeeld door overname of fusie) en het bestaan van een machtspositie of, zoals in het geval van de betrokken markten in België, een quasi-monopoliepositie, zijn op zich niet verboden. De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt op zich ook geen verwijt in jegens de betrokken onderneming. Het bestaan van een machtspositie betekent enkel dat op die onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op de daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de markt.

Artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Verdrag WEU; vroegere artikel 82 EG-Verdrag) bepaalt dat "(o)nverenigbaar met de interne markt en verboden (is), voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig

³Beschikking 2007/194/EG van de Commissie van 14 november 2006 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst wordt verklaard (zaak COMP/M.4180 - Gaz de France/Suez) (PB nr. L 88 van 29 maart 2007, p. 47).

⁴Die maatregelen worden als ingrijpend beschouwd. Zie K. BACHOUR, G. CONTE, P. EBERL, C. MARTINI, A. PAOLICCHI, Ph. REDONDO, A. VAN HAASTEREN en G. WILS, "Gaz de France/Suez: Keeping energy markets in Belgium and France open and contestable through far-reaching remedies", *Competition Policy Newsletter*, 2007, nr. 1, pp. 83-91 (beschikbaar op

http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_83.pdf) .

kan worden beïnvloed, (...) dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan".

Een eventueel optreden van de Europese Commissie is alleen mogelijk indien een dergelijk misbruik van machtspositie wordt vastgesteld.

Van een misbruik in de genoemde zin wordt in de toelichtingen bij de twee wetsvoorstellen niet gesproken.

5.2. De vraag rijst of het de lidstaten toegestaan is om maatregelen te nemen, op het vlak van het bestrijden van mededingingsbeperkingen, die verder gaan dan die waarvan gewag wordt gemaakt in de Europese regelgeving. Mag België meer bepaald maatregelen opleggen die strenger zijn dan die welke de Europese Commissie naar aanleiding van de fusie van Suez en GdF heeft opgelegd?

De verhouding tussen de Europese mededingingsregels en die van het nationale mededingingsrecht maakt het voorwerp uit van artikel 3 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Te dezen is lid 2 van dat artikel 3 van belang, luidend:

"2. De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag (thans: artikel 101, lid 1, van het Verdrag WEU) niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (thans: artikel 101, lid 3, van het Verdrag WEU) voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (thans: artikel 101, lid 3, van het Verdrag WEU) vallen. Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen".

Uit de aangehaalde bepaling blijkt dat het nemen van nationale maatregelen ter bescherming van de mededinging niet is verboden. Aan de bevoegdheid van de lidstaten worden weliswaar bepaalde beperkingen gesteld, maar die gelden slechts ten aanzien van maatregelen gericht tegen "overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen". De beperkingen gelden daarentegen niet ten aanzien van maatregelen gericht op "eenzijdige gedragingen" van ondernemingen.

De situaties beoogd door de twee wetsvoorstellen behoren tot de tweede soort ("eenzijdige gedragingen" van bepaalde ondernemingen). Uit artikel 3, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 volgt dat het Europees mededingingsrecht zich niet verzet tegen daartegen gerichte maatregelen, ook niet als ze voor de betrokken onderneming verdere beperkingen inhouden dan die welke voortvloeien uit het recht van de Europese Unie.

Vanuit het oogpunt van het Europees mededingingsrecht lijkt er dan ook geen bezwaar te bestaan tegen de twee wetsvoorstellen.

b. Vrij verkeer van kapitaal

6. Zoals uit de toelichtingen bij de wetsvoorstellen blijkt, wordt ermee beoogd het quasi-monopolie van één of twee ondernemingen te doorbreken. Gelet op de aandeelhoudersstructuur van de betrokken vennootschappen, dient te dezen ook rekening te worden gehouden met het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten.

Artikel 63, lid 1, van het Verdrag WEU (vroegere artikel 56, lid 1, EG-Verdrag) bepaalt dat, in het kader van de bepalingen van het hoofdstuk over kapitaal en betalingsverkeer, "alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden (zijn)". Een regeling die, zoals de voorgestelde regelingen, het voor investeerders uit andere lidstaten moeilijk of onmogelijk maakt om hun investeringen in bepaalde ondernemingen, in de vorm van een grensoverschrijdende deelneming in die ondernemingen door aandeelhouderschap, aan te houden, kan het vrije verkeer van kapitaal illusoir maken, en vormt dus een beperking van het kapitaalverkeer ⁵.

7. Dergelijke beperkingen kunnen onder bepaalde voorwaarden verantwoord worden, zoals door het Hof van Justitie regelmatig in herinnering wordt gebracht:

⁵Vgl., o.m., H.v.J., 4 juni 2002, Commissie / Portugal, C-367/98, punten 38 en 45; H.v.J., 2 juni 2005, Commissie / Italië, C-174/04, punt 28; H.v.J., 28 september 2006, Commissie / Nederland, C -282/04 en C -283/04, punten 19 en 20.

"32. Het vrij verkeer van kapitaal kan (...) worden beperkt door nationale regelingen die hun rechtvaardiging vinden in de in artikel (65 Verdrag WEU) genoemde redenen of in dwingende redenen van algemeen belang (...), voor zover er geen communautaire harmonisatiemaatregelen bestaan die de ter bescherming van deze belangen noodzakelijke maatregelen voorschrijven (...).

33. Aangezien een dergelijke communautaire harmonisatie ontbreekt, staat het in beginsel aan de lidstaten om te bepalen in welke mate zij dergelijke legitieme belangen willen beschermen en hoe dit moet worden bereikt. Zij moeten hierbij echter binnen de in het Verdrag aangegeven grenzen blijven en met name het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, ingevolge hetwelk de genomen maatregelen geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder mogen gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel"⁶.

De hiervóór genoemde richtlijnen 2003/54/EG en 2003/55/EG (zie nr. 4) bevatten wel regelingen in verband met bepaalde economische activiteiten op de elektriciteits- resp. de gasmarkt, maar zij lijken niet het hele domein te bestrijken waarop ondernemingen als Electrabel en Distrigas werkzaam zijn. De vraag of die richtlijnen met betrekking tot de aangelegenheid die het voorwerp uitmaakt van de wetsvoorstellen al dan niet een communautaire harmonisatie tot stand hebben gebracht, kan echter openblijven. Zelfs in de veronderstelling dat dit niet het geval is, en de voorgestelde beperkingen dus verantwoord zouden kunnen worden op grond van de redenen die in de hiervóór aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie worden aangegeven, blijkt dat de gegeven verantwoording te dezen niet voldoet.

Uit de toelichtingen bij de wetsvoorstellen blijkt immers dat de voorgestelde regelingen tot doel hebben de productiemarkt competitief te maken. De competitie zou voorts de prijzen moeten doen dalen.

Nog afgezien van de vraag of de aangewende middelen wel geschikt zijn om de verwezenlijking van die doeleinden te waarborgen, en zo ja, of zij niet verder gaan dan nodig om die doeleinden te bereiken, moet immers opgemerkt worden dat overwegingen van economische aard door het Verdrag WEU verboden belemmeringen in geen geval kunnen verantwoorden. Zoals uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt, geldt die onmogelijkheid onder meer voor doelstellingen die te maken hebben met de versterking van de mededingingsstructuur van de betrokken markt. Het nastreven van

⁶Zie aldus, voor het laatst, H.v.J., 28 september 2006, Commissie / Nederland, C-282/04 en C-283/04, punten 32 en 33.

een ruimere competitie kan met andere woorden geen geldige rechtvaardigingsgrond voor beperkingen van het vrije kapitaalverkeer opleveren.⁷

De twee wetsvoorstellen lijken dan ook strijdig te zijn met het vrije kapitaalverkeer, zoals dit door het Europees recht wordt gewaarborgd.

B. Verenigbaarheid met grondrechten

8. Er dient ook nog te worden nagegaan of de voorgestelde regelingen wel te verenigen zijn met de grondrechten. Daarbij moet in het bijzonder gedacht worden aan het recht op eigendom, gewaarborgd bij onder meer artikel 1 van het 1^{ste} Protocol bij het Europees Verdrag over de rechten van de mens (hierna: EVRM) en artikel 16 van de Grondwet.

Artikel 1 van het 1^{ste} Protocol luidt als volgt:

"Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren".

Artikel 16 van de Grondwet luidt als volgt:

"Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling".

⁷H.v.J., 4 juni 2002, Commissie / Portugal, C-367/98, punt 52; H.v.J., 2 juni 2005, Commissie / Italië, C-174/04, punt 37. De laatstgenoemde zaak had specifiek betrekking op een maatregel ter versterking van de mededinging op de elektriciteits- en gasmarkt, met name de invoering van een regeling waarbij het stemrecht verbonden aan aandelenbezit geschorst werd als dit een bepaald percentage van het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap in de betrokken sectoren vertegenwoordigde.

9. De voorliggende voorstellen strekken ertoe de ondernemingen die actief zijn op de elektriciteits- en/of de gasmarkt, ertoe aan te zetten om hun marktaandeel te beperken tot maximum 45 %. In wetsvoorstel 1513 wordt het beschikken over een groter marktaandeel zonder meer verboden, en wordt het overtreden van dat verbod strafbaar gesteld met een administratieve boete. Wetsvoorstel 2057 bevat geen dergelijk verbod, maar strekt wel tot het opleggen van een heffing aan elke onderneming die een groter marktaandeel dan 45 % bezit. Aldus wordt met elk van de twee voorstellen de invoering beoogd van een regeling die de betrokken ondernemingen er in feite toe dwingt om afstand te doen van een deel van hun marktaandeel. De ondernemingen kunnen dat marktaandeel echter vrij overdragen aan derden, in de zin dat de voorstellen niet voorzien in een maximumprijs of in een andere beperking van het recht van die ondernemingen om met de derden te contracteren.⁸

Aldus beschouwd, houden de voorgestelde regelingen geen onteigening of eigendomsberoving in, als bedoeld in artikel 1, eerste lid, tweede volzin, van het 1^{ste} Protocol bij het EVRM en in artikel 16 van de Grondwet, maar wel een regeling door de overheid van het gebruik van de eigendom, als bedoeld in artikel 1, tweede lid, van het genoemde protocol.

10. Er dient nog onderzocht te worden of de bedoelde inmengingen in het eigendomsrecht verenigbaar zijn met de laatstgenoemde bepaling.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens leest in artikel 1, tweede lid, van het 1^{ste} Protocol drie voorwaarden die vervuld moeten zijn opdat een regeling van het gebruik van eigendom de toets aan die bepaling kan doorstaan:

- een Staat heeft het recht om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom door "wetten" toe te passen: daaruit volgt dat een eerste voorwaarde is dat de

⁸Rdpl., in verband met de wet van 8 december 2006 tot vaststelling van een heffing ter bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent, wet die gelijkenissen vertoont met de voor advies voorgelegde wetsvoorstellen, het arrest van het Grondwettelijk Hof tot verwerping van het beroep tot vernietiging tegen deze wet, GwH, nr. 72/2008, 24 april 2008, B.10.1.

- inmenging "wettig" moet zijn, hetgeen onder meer inhoudt dat de regeling voldoende precies is en de gevolgen ervan voorzienbaar moeten zijn ⁹;
- de inmenging moet een wettig doel nastreven, dat "in overeenstemming met het algemeen belang" is ¹⁰;
 - er moet een redelijk evenredigheidsverband bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat de Staat daarmee beoogt te verwezenlijken; dit vereiste komt erop neer dat er een billijk evenwicht moet zijn tussen het algemeen belang en de individuele grondrechten ¹¹.

Te dezen kan het onderzoek beperkt worden tot de tweede en de derde voorwaarde.

Op zich kan worden aangenomen dat de voorgestelde regelingen een doel van algemeen belang nastreven, namelijk het afbouwen van de dominante positie die ondernemingen op de Belgische elektriciteits- en/of gasmarkt hebben verworven, om zo te komen tot meer concurrentiële prijzen.

Er lijkt echter geen garantie te zijn dat dit doel met de voorgestelde maatregelen bereikt kan worden. Zo heeft de CREG in het verleden betwijfeld of een eventuele gedwongen opsplitsing en verkoop van onderdelen van de betrokken elektriciteitonderneming wel tot meer concurrentie en dus tot lagere prijzen voor de

⁹Europees Hof voor de Rechten van de Mens (E.H.R.M.) (grote kamer), 19 juni 2006, Hutten-Czapska t. Polen, nr. 35014/97, § 163; E.H.R.M., 3 november 2009, Suljagif t. Bosnië-Herzegovina, nr. 27912/02, § 40.

¹⁰E.H.R.M. (grote kamer), 19 juni 2006, Hutten-Czapska t. Polen, nr. 35014/97, § 164; E.H.R.M. (grote kamer), 30 augustus 2007, J.A. Pye (Oxford) Ltd t. Verenigd Koninkrijk, nr. 44302/02, § 70; E.H.R.M., 3 november 2009, Suljagif t. Bosnië-Herzegovina, nr. 27912/02, § 41.

¹¹E.H.R.M. (grote kamer), 19 juni 2006, Hutten-Czapska t. Polen, nr. 35014/97, § 167; E.H.R.M. (grote kamer), 30 augustus 2007, J.A. Pye (Oxford) Ltd t. Verenigd Koninkrijk, nr. 44302/02, § 75; E.H.R.M., 3 november 2009, Suljagif t. Bosnië-Herzegovina, nr. 27912/02, § 43. Zie ook het hiervóór genoemde arrest van GwH, 24 april 2008, nr. 72/2008, B.10.2.

consument zou leiden, gelet op het gegeven dat de te koop gestelde productiecapaciteit waarschijnlijk door grote buitenlandse producenten opgekocht zou worden.¹²

Bovendien, en vooral, kan te dezen moeilijk worden aangenomen dat er een billijk evenwicht bestaat tussen het algemeen belang (van de consumenten) en de individuele rechten van de betrokken ondernemingen. De voorstellen voorzien niet in enige tegemoetkoming van overheidswege in de verplichting om productiecapaciteit af te stoten. Daarentegen wordt wel voorzien in strenge maatregelen voor het geval de ondernemingen niet tot beneden het maximum marktaandeel van 45 % gaan: volgens het wetsvoorstel 1513 wordt een boete opgelegd "die gelijk is aan de jaaromzet die overeenstemt met het marktaandeel van de betrokken onderneming dat hoger ligt dan het maximale marktaanbod" (artikel 4); volgens het voorstel 2057 wordt een heffing opgelegd, die een percentage bedraagt (2 %, 3,5 % of 5 %, naargelang het geval) van de omzet gerealiseerd op de betrokken Belgische markt (artikel 3, § 2). Zeker in het geval van wetsvoorstel 1513, waar de boete neerkomt op de verbeurdverklaring van een deel van de omzet, maar ook in het geval van wetsvoorstel 2057, lijken de maatregelen exorbitant te zijn. De omstandigheid dat de betrokken ondernemingen hun productiecapaciteit kunnen verkopen (zie hiervóór, nr. 9), doet aan die vaststelling geen afbreuk.

Om de twee genoemde redenen lijkt de conclusie dan ook te zijn dat de voorgestelde regelingen strijdig zijn met artikel 1 van het 1^{ste} Protocol bij het EVRM.

C. Verenigbaarheid met de regels inzake de verdeling van bevoegdheden tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten

11. Subsidiair merkt de Raad van State op dat wetsvoorstel 2057 door een bevoegdheidsoverschrijding is aangetast.

Artikel 3, § 6, van het voorstel bepaalt immers dat de opbrengst van de heffing zal dienen "om de uitgaven te dekken inzake de investeringen met betrekking tot

¹²CREG, Studie (F)060515-CDC-479 over "het rapport «Structure and Functioning of the Electricity Market in Belgium in a European Perspective» van oktober 2004 opgesteld door London Economics", 15 mei 2006, nr. 54 (beschikbaar op <http://www.creg.info/pdf/Studies/F479NL.pdf>).

energiebesparing en hernieuwbare energiebronnen en de financiering van maatregelen teneinde de energieprijzen te verlagen".

Krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f) en h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten evenwel bevoegd voor, respectievelijk, "de nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie" en "het rationeel energieverbruik". Hieruit volgt dat de federale overheid slechts bevoegd is om regelingen inzake nieuwe energiebronnen in te stellen die verband houden met de kernenergie, niet voor regelingen inzake andere nieuwe energiebronnen. Wat het rationeel energieverbruik betreft, is de federale overheid in het geheel niet bevoegd.

In zoverre het voorstel bepaalt dat de opbrengst van de heffing moet bijdragen tot de vermindering van het energieverbruik en tot de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, treedt het dus gedeeltelijk op het bevoegdheidsgebied van de gewesten.¹³

Conclusie

12. Conclusie is derhalve dat de wetsvoorstellen geen doorgang kunnen vinden. De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet dan ook af van een verder onderzoek ervan.

¹³Zie, o.m., R.v.St., afd. Wetg., advies nr. 47.410/3 van 16 november 2009 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 11 april 2003 betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze centrales en betreffende een fonds voor de bevordering en de ondersteuning van de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, nr. 5.2.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessoren van de
	J. VELAERS,	afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.498/3
47.499/3
DU 12 JANVIER 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 24 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 26 janvier 2010, sur

- une proposition de loi "instaurant une taxe évitable en vue d'affaiblir les positions dominantes sur le marché et de promouvoir un marché concurrentiel de l'électricité" (*Doc. Parl.*, Chambre DOC 52 2057/001) (47.498/3);
- une proposition de loi "instaurant une part de marché maximale sur les marchés du gaz et de l'électricité" (*Doc. Parl.*, Chambre DOC 52 1513/001) (47.499/3),

après avoir examiné les affaires en ses séances des 15 décembre 2009 et 12 janvier 2010, a donné l'avis suivant:

PORTÉE DES PROPOSITIONS

1. Ainsi qu'il est exposé dans les développements, respectivement de la proposition de loi de M. Van Noppen (ci-après: proposition de loi 1513) et de la proposition de loi de M. Schiltz et consorts (ci-après: proposition de loi 2057) soumises pour avis, le marché de la production d'électricité en Belgique est dominé par une seule entreprise qui détient actuellement une part de plus de 80 % de ce marché, plus de 80 % de la capacité de production nucléaire étant également entre ses mains. Dans les développements accompagnant la proposition de loi 1513, il est observé que la situation est similaire sur le marché du gaz.

Les auteurs des propositions considèrent que cette situation comporte le risque d'abus d'une position dominante, par exemple pour la fixation des prix.

2. Les deux propositions de loi visent à instaurer un régime qui incitera effectivement les entreprises concernées à réduire leur part de marché. La proposition de loi 1513 concerne tant le marché de l'électricité que le marché du gaz. Le champ d'application de la proposition de loi 2057 est limité au marché de l'électricité.

2.1. La proposition de loi 1513 dispose qu'aucune entreprise ou aucun groupe d'entreprises ne peut détenir une part de marché supérieure à 45 % de la capacité de production d'électricité située sur le territoire belge, une part de marché supérieure à 45 % de la capacité de production nucléaire d'électricité située sur le territoire belge ou une part de marché supérieure à 45 % de la capacité d'importation de gaz en Belgique (article 2). Les parts de marché respectives sont constatées de manière permanente par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après: CREG) (article 3). Si la CREG constate que la part de marché est dépassée, elle inflige une amende égale au chiffre d'affaires annuel correspondant à la part de marché de l'entreprise concernée qui excède la part de marché maximale, proportionnellement au nombre de jours de l'année concernée où la part de marché était supérieure à la part de marché maximale (article 4).

L'intention des auteurs est "de limiter à 45 % la part maximale d'un acteur sur le marché du gaz et de l'électricité, de manière à ce qu'émerge, tant (sur) un marché que sur l'autre, au moins trois acteurs capables de se concurrencer" (développements, p. 5).

2.2. Les auteurs de la proposition de loi 2057 entendent également éviter qu'un acteur sur le marché de l'électricité puisse détenir une part de marché supérieure à 45 %. Ils déclarent toutefois ne pas être favorables, en fait, à l'idée d'imposer une taxe. Ils veulent néanmoins réaliser leur objectif par la voie fiscale, à savoir en instaurant une "taxe évitable" (développements, p. 4). Pour ce faire, la CREG détermine annuellement la part de marché de chaque producteur (article 2). Si la part de marché d'un producteur est supérieure à 45 %, il est tenu de payer une taxe annuelle. Cette taxe s'élève respectivement à 5 %, 3.5 % ou 2 % du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché belge de l'électricité ¹, selon que la part de marché est supérieure ou égale à 70 %, inférieure à 70 %, mais supérieure ou égale à 60 %, ou inférieure à 60 %, mais supérieure à 45 % (article 3, §§ 1^{er} et 2). Il est interdit aux producteurs tenus de payer la taxe de la facturer ou la répercuter, de quelque façon que ce soit, sur d'autres entreprises ou sur le client final (article 3, § 3). La proposition dispose que le produit de la taxe servira à couvrir les investissements en matière d'économies d'énergie et de sources d'énergie renouvelables et le financement de mesures visant à réduire les prix de l'énergie (article 3, § 6).

Selon les développements, les auteurs ne visent "en aucun cas à exproprier purement et simplement une entreprise. La présente proposition de loi vise à ramener la part de marché d'Electrabel sous les 45 %. (...) (La proposition de loi a pour objet de) limiter la position dominante d'Electrabel afin de permettre l'émergence d'un marché de la production compétitif. (...) La taxe disparaîtra dès qu'Electrabel aura réduit sa part de marché sous la barre des 45 %" (p. 4).

¹En termes de base d'imposition, il s'agit d'une définition ambiguë, la notion pouvant se rapporter tant au chiffre d'affaires total d'une entreprise, en ce compris des activités autres que la production d'électricité, qu'à la seule partie du chiffre d'affaires qui concerne ces activités.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Compatibilité des régimes proposés avec le droit de l'Union européenne

3. La réglementation européenne actuelle concernant la libéralisation du marché de l'électricité et du gaz ne comporte aucune règle relative à la limitation de la part de marché des producteurs d'électricité ou de gaz. En revanche, lorsque le gestionnaire de réseau de transport fait partie d'une entreprise intégrée verticalement, il doit être indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées au transport. Ce dispositif n'emporte pas d'obligation expresse de dissocier la propriété des actifs du système de transport, de l'entreprise intégrée verticalement (voir l'article 10 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, et l'article 9 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ²).

La question se pose néanmoins de savoir si les propositions soumises pour avis sont bien compatibles avec d'autres règles et principes du droit européen.

a. Libre concurrence

4. Il faut rappeler tout d'abord que la Commission européenne a examiné la fusion entre Suez et GdF (le 14 novembre 2006) du point de vue du droit européen de la concurrence, à l'occasion de la notification de cette opération. Dans ce cadre, elle a en outre pris en considération le marché belge de l'électricité et du gaz (qui excède certes le marché de la production de l'électricité et le marché de l'importation du gaz naturel sur

²La directive 2003/55/CE est abrogée par la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE. Cette directive doit être transposée pour le 3 mars 2011 et être appliquée à partir de cette date. La "dissociation des propriétaires de réseau de transport et des gestionnaires d'installations de stockage" est régie par l'article 15 de la directive 2009/73/CE.

lesquels portent les propositions). Dans sa décision 2007/194/CE du 14 novembre 2006³, la Commission a imposé un certain nombre de conditions structurelles⁴. En ce qui concerne l'électricité, ces conditions portaient entre autres sur la vente de la participation de GdF dans SPE et, en ce qui concerne le gaz, sur la vente de la participation du groupe Suez dans Distrigas. Moyennant le respect de ces conditions, la fusion a été déclarée compatible avec le marché communautaire.

5. Le problème de l'abus d'une position dominante constitue un autre aspect de la libre concurrence.

5.1. L'acquisition d'une position dominante (par exemple à la suite d'une reprise ou d'une fusion) et l'existence d'une position dominante ou, comme c'est le cas des marchés concernés en Belgique, une position de quasi-monopole, ne sont pas interdites en soi. En outre, la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée. L'existence d'une position dominante signifie uniquement qu'il lui incombe une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché.

L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité FUE; ancien article 82 du Traité CE) dispose qu'"(e)st incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci".

³Décision 2007/194/CE de la Commission du 14 novembre 2006 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire COMP/M.4180 - Gaz de France/Suez) JO n° L 88 du 29 mars 2007, p. 47).

⁴Ces mesures sont jugées radicales. Voir K. BACHOUR, G. CONTE, P. EBERL, C. MARTINI, A. PAOLICCHI, PH. REDONDO, A. VAN HAASTEREN ET G. WILS, "Gaz de France/Suez: Keeping energy markets in Belgium and France open and contestable through far-reaching remedies", *Competition Policy Newsletter*, 2007, n° 1, p. 83-91 (disponible sur http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_83.pdf).

Une intervention éventuelle de la Commission européenne est uniquement possible si un tel abus de position dominante est constaté.

Il n'est pas question d'un abus en ce sens dans les développements accompagnant les deux propositions de loi.

5.2. La question se pose de savoir si les États membres sont autorisés à prendre des mesures de lutte contre les restrictions à la concurrence excédant celles mentionnées dans la réglementation européenne. La Belgique peut-elle notamment imposer des mesures plus strictes que celles que la Commission européenne a imposées lors de la fusion de Suez et GdF?

Le rapport entre les règles de concurrence européennes et celles du droit national de la concurrence fait l'objet de l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité. En l'occurrence, on retiendra le paragraphe 2 de cet article 3 qui dispose:

"2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité (actuellement: l'article 101, paragraphe 1, du Traité FUE), ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du Traité (actuellement: l'article 101, paragraphe 3, du Traité FUE) ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité (actuellement: l'article 101, paragraphe 3, du Traité FUE). Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise".

La disposition citée montre qu'il n'est pas interdit de prendre des mesures nationales de protection de la concurrence. Le pouvoir des États membres est certes soumis à certaines restrictions, mais elles ne valent que pour les mesures visant "des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées". Les restrictions ne sont pas applicables, en revanche, aux mesures visant les "comportements unilatéraux" des entreprises.

Les situations visées par les deux propositions de loi relèvent de la deuxième catégorie ("comportements unilatéraux" de certaines entreprises). Il résulte de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 que le droit européen de la

concurrence ne s'oppose pas aux mesures visant ces comportements, même si elles soumettent l'entreprise concernée à des restrictions plus sévères que celles résultant du droit de l'Union européenne.

Il semble dès lors qu'au regard du droit européen de la concurrence, les deux propositions ne suscitent pas d'objection.

b. Libre circulation des capitaux

6. Comme l'indiquent les développements qui accompagnent les propositions de loi, il s'agit de mettre fin au quasi-monopole d'une ou deux entreprises. Vu la structure de l'actionnariat des sociétés concernées, il faut, en l'occurrence, également tenir compte du principe de la liberté de circulation des capitaux entre les États membres.

L'article 63, paragraphe 1, du Traité FUE (l'ancien article 56, paragraphe 1, du Traité CE) dispose que, dans le cadre des dispositions du chapitre relatif aux capitaux et aux paiements, "toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites". Un régime qui, tels les régimes proposés, s'oppose partiellement ou totalement à ce que des investisseurs d'autres États membres maintiennent leurs investissements dans certaines entreprises sous la forme d'une participation transfrontalière par la détention d'actions dans ces entreprises, peut rendre illusoire la libre circulation des capitaux et constitue par conséquent une restriction à celle-ci ⁵.

⁵Comp., notamment, C.J., 4 juin 2002, Commission / Portugal, C-367/98, points 38 et 45; C.J., 2 juin 2005, Commission / Italie, C-174/04, point 28; C.J., 28 septembre 2006, Commission / Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04, points 19 et 20.

7. Pareilles restrictions peuvent être justifiées dans certaines conditions, comme la Cour de Justice le rappelle régulièrement:

"32. La libre circulation des capitaux peut (...) être limitée par des mesures nationales justifiées par les raisons mentionnées à l'article (65 du Traité FUE) ou par des raisons impérieuses d'intérêt général (...), pour autant qu'il n'existe pas de mesure communautaire d'harmonisation prévoyant des mesures nécessaires pour assurer la protection de ces intérêts (...).

33. A défaut d'une telle harmonisation communautaire, il appartient, en principe, aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de tels intérêts légitimes ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint. Ils ne peuvent cependant le faire que dans les limites tracées par le traité et, en particulier, dans le respect du principe de proportionnalité, qui exige que les mesures adoptées soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ⁶".

Si les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE précitées (voir n° 4) comportent bien des règles relatives à certaines activités économiques, respectivement, sur le marché de l'électricité et sur celui du gaz, elles ne semblent toutefois pas couvrir la totalité du domaine dans lequel des entreprises comme Electrabel et Distrigaz sont actives. La question de savoir si ces directives ont ou non établi une harmonisation communautaire de la matière qui est l'objet des propositions de loi peut toutefois rester ouverte. Même dans l'hypothèse où il n'en serait pas ainsi, et qu'il serait par conséquent possible de justifier les restrictions envisagées conformément à la jurisprudence précitée de la Cour de justice, il ne semble pas que la justification fournie soit en l'occurrence suffisante.

Il résulte en effet des développements accompagnant les propositions de loi que les règles proposées ont pour objet de rendre le marché de la production compétitif. La concurrence devrait en outre faire baisser les prix.

Outre la question de savoir si les moyens mis en oeuvre sont effectivement adaptés à la réalisation de ces objectifs, et dans l'affirmative, s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre, il s'impose d'observer en effet que des considérations d'ordre économique ne peuvent en aucun cas justifier des entraves que le traité FUE prohibe. Comme l'enseigne la jurisprudence de la Cour de justice, cette prohibition concerne notamment les objectifs qui ont trait au renforcement de la structure concurrentielle du marché concerné. En d'autres mots, la volonté de renforcer la

⁶Voir ainsi, le plus récemment, C.J., 28 septembre 2006, Commission / Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04, points 32 et 33.

concurrence ne peut constituer une justification valable de restrictions à la libre circulation des capitaux ⁷.

Il semble dès lors que les deux propositions de loi sont contraires à la libre circulation des capitaux, telle que le garantit le droit européen.

B. Conformité aux droits fondamentaux

8. Il faut encore examiner si les régimes proposés peuvent effectivement se concilier avec les droits fondamentaux. À cet égard, il faut penser en particulier au droit à la propriété, que garantit notamment l'article 1^{er} du Protocole n/ 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après: C.E.D.H.) et l'article 16 de la Constitution.

L'article 1^{er} du Protocole n/ 1 dispose ce qui suit:

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes".

L'article 16 de la Constitution dispose ce qui suit:

"Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité".

9. Les propositions à l'examen ont pour objectif d'inciter les entreprises actives sur le marché de l'électricité et/ou du gaz à limiter leur part de marché à un maximum de

⁷C. J., 4 juin 2002, Commission / Portugal, C-367/98, point 52; C.J., 2 juin 2005, Commission / Italie, C-174/04, point 37. La dernière affaire concernait plus particulièrement une mesure de renforcement de la concurrence sur le marché de l'électricité et du gaz, à savoir, l'instauration d'un régime en vertu duquel le droit de vote conféré par les actions est suspendu lorsqu'elles représentent plus d'un certain pourcentage du capital social d'une société dans les secteurs concernés.

45 %. La proposition de loi 1513 interdit purement et simplement la possession d'une plus grande part de marché et sanctionne le non-respect de cette interdiction par une amende administrative. La proposition 2057 ne comporte pas une telle interdiction, mais vise cependant à imposer une taxe à toute entreprise qui possède plus de 45 % de part de marché. Ainsi, chacune des deux propositions vise à instaurer un régime qui, dans les faits, oblige les entreprises concernées à abandonner une partie de leur part de marché. Les entreprises peuvent toutefois librement céder leur part de marché à des tiers, en ce sens que les propositions ne prévoient pas un prix maximal ou une autre restriction au droit de ces entreprises à contracter avec les tiers ⁸.

De ce point de vue, les régimes proposés ne comportent pas d'expropriation ou de privation de la propriété, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, deuxième phrase, du Protocole n/ 1 à la C.E.D.H. et de l'article 16 de la Constitution, mais bien une réglementation par l'autorité de l'usage de la propriété, au sens de l'article 1^{er}, alinéa 2, de ce protocole.

10. Reste à examiner si ces ingérences dans le droit de propriété sont conciliables avec cette dernière disposition.

La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 1^{er}, paragraphe 2, du Protocole n/ 1, requiert que trois conditions soient remplies, pour qu'une réglementation de l'usage de la propriété soit conciliable avec cette disposition:

- un État a le droit d'exercer un contrôle sur l'usage de la propriété par la mise en vigueur de "lois": il en découle qu'une première condition consiste en ce que l'ingérence doit être "légale", ce qui implique notamment que la réglementation soit suffisamment précise et prévisible dans son application ⁹;

⁸Cons., en ce qui concerne la loi du 8 décembre 2006 établissant un prélèvement visant à lutter contre la non-utilisation d'un site de production d'électricité par un producteur, loi qui présente des similarités avec les propositions de loi soumises pour avis, l'arrêt de la Cour constitutionnelle qui a rejeté le recours en annulation contre cette loi, Cour const., n/ 72/2008, 24 avril 2008, B.10.1.

⁹Cour eur. dr. h. (grande chambre), 19 juin 2006, Hutten-Czapska c. Pologne, n/ 35014/97, § 163; Cour eur. dr. h., 3 novembre 2009, Suljagic c. Bosnie-Herzégovine, n/ 27912/02, § 40.

- l'ingérence doit poursuivre un but légitime, qui est "conforme à l'intérêt général" ¹⁰;
- il faut qu'il existe un lien de proportionnalité raisonnable entre les moyens utilisés et l'objectif que l'État vise à réaliser grâce à ceux-ci; cette exigence signifie qu'il doit y avoir un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits fondamentaux individuels ¹¹.

L'examen peut en l'occurrence être limité aux deuxième et troisième conditions.

On peut admettre qu'en soi les régimes proposés poursuivent un objectif d'intérêt général, à savoir la suppression de la position dominante que des entreprises ont acquise sur le marché belge de l'électricité et/ou du gaz, afin d'obtenir ainsi des prix plus concurrentiels.

Il ne semble cependant pas y avoir de garantie que les moyens proposés permettront d'atteindre cet objectif. Ainsi, la C.R.E.G. a par le passé mis en doute qu'une éventuelle scission forcée suivie de la vente des divisions de l'entreprise d'électricité concernée conduirait effectivement à plus de concurrence et par conséquent à des prix moins élevés pour le consommateur, dès lors que la capacité de production mise en vente serait probablement rachetée par des grands producteurs étrangers. ¹²

¹⁰Cour eur. dr. h. (grande chambre), 19 juin 2006, Hutten-Czapska c. Pologne, n/ 35014/97, § 163; Cour eur. dr. h. (grande chambre), 30 août 2007, J.A. Pye (Oxford) Ltd c. Royaume-Uni, n/ 44302/02, § 70; Cour eur. dr. h., 3 novembre 2009, Suljagi... c. Bosnie-Herzégovine, n/ 27912/02, § 40.

¹¹Cour eur. dr. h. (grande chambre), 19 juin 2006, Hutten-Czapska c. Pologne, n/ 35014/97, § 163; Cour eur. dr. h. (grande chambre), 30 août 2007, J.A. Pye (Oxford) Ltd c. Royaume-Uni, n/ 44302/02, § 75; Cour eur. dr. h., 3 novembre 2009, Suljagi... c. Bosnie-Herzégovine, n/ 27912/02, § 43. Voir également l'arrêt précité de la Cour const., 24 avril 2008, n/ 72/2008, B.10.2..

¹²CREG, Étude (F)060515-CDC-479 relative au "rapport «Structure and Functioning of the Electricity Market in Belgium in a European Perspective» d'octobre 2004 élaboré par London Economics", 15 mai 2006, n/ 54 (à consulter sur <http://www.creg.info/pdf/Etudes/F479FR.pdf>).

En outre et surtout, il est en l'occurrence difficile d'admettre qu'il existe un juste équilibre entre l'intérêt général (des consommateurs) et les droits individuels des entreprises concernées. Les propositions ne prévoient aucune contrepartie de l'autorité pour l'obligation de se défaire de capacité de production. Des mesures sévères sont au contraire prévues dans le cas où les entreprises ne descendent pas en dessous de la part de marché maximale de 45 %: la proposition 1513 inflige une amende "égale au chiffre d'affaires annuel correspondant à la part de marché de l'entreprise concernée qui excède la part de marché maximale" (article 4); la proposition 2057 impose une taxe, qui s'élève à un pourcentage (2 %, 3,5 % ou 5 %, selon le cas) du chiffre d'affaires réalisé sur le marché belge concerné (article 3, § 2). Les mesures paraissent exorbitantes indéniablement dans le cas de la proposition de loi 1513, dans laquelle l'amende s'apparente à une confiscation d'une partie du chiffre d'affaires, mais également dans celui de la proposition de loi 2057. La circonstance que les entreprises concernées peuvent vendre leur capacité de production (voir n° 9 ci-dessus) n'y change rien.

Les deux motifs précités semblent devoir conduire à la conclusion que les régimes proposés sont contraires à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la C.E.D.H.

C. Conformité aux règles répartitrices de compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions

11. Subsidiairement, le Conseil d'État observe que la proposition de loi 2057 est entachée d'un excès de compétence.

L'article 3, § 6, de la proposition dispose en effet que le produit de la taxe "servira à couvrir les dépenses concernant les investissements en matière d'économies d'énergie et de sources d'énergie renouvelables et le financement de mesures visant à réduire les prix de l'énergie".

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f) et h), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont toutefois compétentes pour, respectivement, "les sources nouvelles d'énergie à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire" et "l'utilisation rationnelle de l'énergie". Il s'ensuit que l'autorité fédérale n'est compétente que pour réglementer les nouvelles sources d'énergie qui sont liées à l'énergie nucléaire, pas pour réglementer d'autres nouvelles sources d'énergie. En ce qui concerne

.../...

l'utilisation rationnelle de l'énergie, l'autorité fédérale est totalement dépourvue de compétence.

Dans la mesure où la proposition prévoit que le produit de la taxe doit contribuer à réduire l'utilisation de l'énergie et à produire de l'électricité au départ de sources d'énergie renouvelable, elle empiète dès lors partiellement sur le champ de compétence des régions.¹³

Conclusion

12. Force est dès lors de conclure que les propositions de loi ne peuvent se concrétiser. Le Conseil d'État, section de législation, renonce dès lors à en poursuivre l'examen.

¹³Voir notamment C.E., section de législation, avis n/ 47.410/3 du 16 novembre 2009 sur un avant-projet de loi portant modifications de la loi du 11 avril 2003 sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales et relative à un fonds pour la promotion et le soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, n/ 5.2.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	conseillers d'État,
	H. COUSY,	
	J. VELAERS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS