



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.374/3
van 7 juni 2013

avis 53.374/3
du 7 juin 2013

over

sur

een voorontwerp van wet
'houdende wijzigingen van de
wet van 29 april 1999
betreffende de organisatie van
de elektriciteitsmarkt'

un avant-projet de loi 'portant
des modifications de la loi du
29 avril 1999 relative à
l'organisation du marché de
l'électricité'

Op 16 mei 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende wijzigingen van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 28 mei 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 juni 2013.

*

Le 16 mai 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant des modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 28 mai 2013. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Bruno SEUTIN, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 juin 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot aanvulling van artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet). Met de nieuwe bepalingen worden een aantal wijzigingen inzake de toeslagregeling doorgevoerd.

Uit artikel 7, § 1, eerste en tweede lid, van de Elektriciteitswet volgt dat de maatregelen van marktorganisatie, waaronder het door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) beheerde systeem voor de toekenning van certificaten van oorsprongsgarantie en van groenestroomcertificaten voor elektriciteit geproduceerd uit water, stromen of winden in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen, geheel of ten dele gefinancierd worden door een toeslag op de tarieven voor het beheer van het transmissienet of de netten die een transmissiefunctie hebben.

Een eerste wijziging die met het ontwerp wordt beoogd is dat de federale toeslag voortaan berekend wordt op de “netto-elektriciteit” die de eindafnemers voor eigen gebruik van het net afnemen (ontworpen artikel 7, § 1, vijfde² lid, van de Elektriciteitswet). Tot nu toe wordt die toeslag berekend op basis van de “bruto begrensde energie” zoals omschreven in artikel 1, 32°, van het koninklijk besluit van 8 juni 2007 ‘betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerder van het nationaal transmissienet’.³

Een tweede wijziging betreft het beperken van het bedrag van de toeslag op de tarieven voor de verbruiken vanaf 1 juli 2013 tot 31 december 2013, enerzijds door het invoeren van een maximumbedrag van 125.000 euro per verbruikslocatie (ontworpen artikel 7, § 1, achtste lid, van de Elektriciteitswet) en anderzijds door het verminderen van de toeslag, vanaf een verbruik van 20 MWh per jaar, met 15%, 20%, 25% of 45%, naar gelang van de hoeveelheid afgenomen elektriciteit voor het gehele jaar 2013 (ontworpen artikel 7, § 1, zevende lid, van de Elektriciteitswet). Om de beperkingen te kunnen genieten worden voorwaarden gesteld inzake het

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

² Artikel 2 van het ontwerp strekt tot het aanvullen van artikel 7, § 1, van de Elektriciteitswet met negen leden. Vermits artikel 7, § 1, thans vier leden telt, gaat het om het vijfde tot het dertiende lid.

³ Artikel 14ter, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

sluiten en naleven van de gewestelijke sectorakkoorden of convenanten (ontworpen artikel 7, § 1, negende lid, van de Elektriciteitswet). Deze verminderingen worden niet toegepast door de netbeheerders, die zijn belast met de inning van de toeslag (ontworpen artikel 7, § 1, zesde lid, van de Elektriciteitswet), maar worden vergoed door de CREG aan wie daartoe bepaalde ontvangsten worden toegewezen (ontworpen artikel 7, § 1, elfde en twaalfde lid, van de Elektriciteitswet).

VORMVEREISTEN

3. Krachtens artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ dient er overleg te worden gepleegd tussen de betrokken (gewest)regeringen en de bevoegde federale overheid over iedere maatregel op het gebied van het energiebeleid, buiten de bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, van die wet.

Omdat het ontwerp betrekking heeft op een niet in artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vermelde (residuaire) bevoegdheid van de federale overheid op het gebied van energiebeleid (namelijk nieuwe energiebronnen in de zeegebieden, waarvan geen melding is gemaakt in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), dient over het ontwerp overleg te worden gepleegd met de gewestregeringen.

4. Uit artikel 19/1, § 1, eerste lid, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat in principe elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd, aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling in de zin van artikel 2, 9°, van die wet uit te voeren.

De enige gevallen waarin het voorafgaande onderzoek niet hoeft plaats te vinden, zijn die welke worden bepaald bij het koninklijk besluit van 20 september 2012 ‘houdende uitvoering van artikel 19/1, § 1, tweede lid van hoofdstuk V/1 van de wet van 5 mei 1997 betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’.

Het ontwerp gaat vergezeld van een zogeheten “DOEB-vrijstellingsformulier (formulier A)”, waarbij de vrijstelling gemotiveerd wordt op de grond dat de maatregel louter betrekking zou hebben op begrotingstechnische of fiscaaltechnische aangelegenheden. Met die redenering kan niet worden ingestemd.

Een categorie “begrotingstechnische of fiscaaltechnische aangelegenheden” komt als zodanig niet voor in artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012. Wel wordt in artikel 2, 2°, van het besluit gewag gemaakt van “voorgenomen regelgeving met betrekking tot de begroting, begrotingstechnieken en overheidsopdrachten” en in 4° wordt “voorgenomen regelgeving met een louter formeel karakter” vermeld. Deze vrijstellingscategorieën zijn niet van toepassing op het ontwerp, vermits rechten en verplichtingen worden gecreëerd voor marktdeelnemers en de aard van de steunregeling voor de offshore-energieproductie fundamenteel wordt gewijzigd.

Het ontwerp heeft mogelijk zelfs negatieve gevolgen voor de duurzame ontwikkeling. Het verminderen van de energiekost voor de grootverbruikers ontnemt hen immers een belangrijke incentive om hun energieverbruik verder terug te dringen. Tezelfdertijd strekt de maatregel tot het veilig stellen van de concurrentiepositie van de betrokken ondernemingen, wat ongetwijfeld gevolgen heeft op sociaal-economisch gebied. De DOEB-test is precies bedoeld om die verschillende, en mogelijk botsende, effecten in kaart te brengen en af te wegen.

Gelet op het voorgaande kan het ontwerp niet worden geacht te zijn vrijgesteld van de voorafgaande effectbeoordeling op het stuk van duurzame ontwikkeling waarin wordt voorzien bij artikel 19/1 van de wet van 5 mei 1997. Ook het gegeven dat de maatregel tijdelijk is, zodat de verwachte impact beperkt is, kan eventueel een rol spelen bij de beoordeling of een volledig onderzoek op basis van artikel 19/2 van de wet vereist is, maar is geen factor van de vrijstellingsregeling.

Ook dient er aan te worden herinnerd dat de naleving van het genoemde vormvereiste op grond van artikel 19/3, 1°, van de wet van 5 mei 1997 een voorwaarde is opdat een ontwerp van wet kan worden ingediend bij de wetgevende kamers.

5. Het ontwerp moet vooraf worden aangemeld bij de Europese Commissie in het kader van de staatssteuncontrole voorzien bij artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

5.1. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de ontworpen regeling ertoe leidt dat grootverbruikers gedeeltelijk worden vrijgesteld van financiële lasten die op basis van de algemeen geldende wetgeving op hen rusten. De overheid betaalt immers een gedeelte van de geïnde federale toeslag terug. Daarbij wordt in de memorie van toelichting bovendien uitdrukkelijk gewezen op de noodzaak om de concurrentiepositie van de ondernemingen in kwestie te vrijwaren.

Er wordt dus *prima facie* steun (een verlaging van de federale toeslag) verleend aan bepaalde ondernemingen die wordt gefinancierd met staatsmiddelen (ontvangsten uit de accijnzen en de vennootschapsbelasting) en aanleiding zou kunnen geven tot het vervalsen van de mededinging en het ongunstig beïnvloeden van het handelsverkeer tussen de lidstaten.

5.2. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat het ontwerp de bestaande steunregeling voor de offshore-energieproductie fundamenteel wijzigt.

Wat de geldende regeling betreft, kan worden aangenomen dat de minimumsteun die door de transmissienetbeheerder (Elia) moet worden toegekend via de aankoop van offshorecertificaten volledig buiten de regels voor staatssteun valt, omdat de kosten van die steun via een toeslag op de tarieven integraal ten laste worden gelegd van de energiegebruikers en dus niet met overheidsmiddelen worden betaald.⁴

⁴ Zie in dit verband: HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2180 - I-2183, punten 54 tot 67.

Luidens de ontworpen regeling wordt minstens een significant gedeelte van die kosten – in het verslag van de Inspectie van Financiën wordt de impact geraamd op 22 à 24 miljoen euro – voortaan gedragen door de overheid. Men kan weliswaar tegenwerpen dat de overheid slechts onrechtstreeks de kosten draagt. Er moet echter worden opgemerkt dat in het arrest *PreussenElektra* het Hof van Justitie van de Europese Unie in herinnering brengt dat ook zijdelingse overheidssteun staatssteun kan vormen.⁵ Het maakt economisch gezien immers geen verschil of de overheid de eindafnemers terugbetaalt, dan wel of de overheid oplegt dat Elia zelf de progressieve vermindering moet doorvoeren en daartoe van de overheid de benodigde middelen ontvangt. Op het einde van de rit betaalt de overheid voortaan om het mogelijk te maken dat de offshoreproducenten via Elia steun ontvangen. De overheid kan de kwalificatie van staatssteun niet ontlopen door de eindafnemers de steun te laten voorschieten.

5.3. In die omstandigheden is er voldoende reden om aan te nemen dat de regels met betrekking tot staatssteun in het geding zijn. Het ontwerp zal dan ook moeten worden aangemeld met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU. Trouwens niet enkel dit ontwerp zal moeten worden aangemeld omwille van de voordelen voor de energie-intensieve bedrijven, doch ook de steunregeling voor offshorewindenergie als geheel, gelet op het gegeven dat de regeling fundamenteel wordt gewijzigd.

6. Indien na het vervullen van de vermelde vormvereisten nog wijzigingen worden aangebracht aan het ontwerp, dan dienen die wijzigingen alsnog te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

7. Op de vraag wat in het nieuwe vijfde lid wordt bedoeld met “netto-elektriciteit”, en wat het verschil is met de “bruto begrensde energie” op basis waarvan de toeslag thans nog berekend wordt, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Ik beschik over een goede definitie in het Frans:

‘L’électricité nette prélevée est la différence entre l’électricité brute prélevée diminuée de l’intégralité de la production locale (éventuelle) et un point d’accès. L’énergie brute limitée prélevée est la différence entre l’électricité brute prélevée diminuée de la production locale limitée à 25MW et un point d’accès.’

Dit leidt er inderdaad dus toe dat de totale 'belastbare basis' een beetje verkleint, omdat de lokale productie van een aantal grote gebruikers/producenten nu in rekening wordt genomen.

In de feiten gaat het hier om het wegwerken van een discriminatie: in de feiten is het immers niet mogelijk om op het distributienet (75% van het verbruik in België) de bruto begrensde energie vast te stellen: er zijn immers geen slimme meters en kwartierafnamen op het DNB-net. De tellers draaien 'terug' bij lokale productie, en dus

⁵ HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98 *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2181, punt 58.

leidt dit ertoe dat in de feiten reeds vandaag op het DNB-net de offshore-toeslag op de netto verbruikte elektriciteit geheven wordt.

Om deze anomalie op te lossen, en in het licht van de competitiviteit van gebruikers op het transportnet die hun eigen elektriciteit opwekken, stelt de regering dus voor om de belastbare basis voor iedereen in de feiten gelijk te stellen en de netto elektriciteit als belastbare basis te nemen voor de offshore toeslag. Dit is dezelfde belastbare basis als voor de federale bijdrage, overigens. Eenvoudig toepasbaar voor de leveranciers dus.

Gezien de belastbare basis hierdoor licht afneemt (2 à 4 Twh naargelang de informatie) heeft dit een invloed op de recette van de offshoretoeslag. Wij zijn in contact met Elia en de CREG om in te schatten of de toeslag nog in het jaar 2013 licht moet verhoogd worden, of dat dit geabsorbeerd kan worden door een schijnbare lichte onderproductie tot dusver. In 2014 zal de bijdrage in elk geval aangepast worden, gezien de bijkomende capaciteit.”

Die toelichting kan beter in de memorie van toelichting worden opgenomen, terwijl het ontwerp dient te worden aangevuld met een omschrijving van de term ‘netto-elektriciteit’.

8. In de verschillende nieuw ontworpen leden worden andere aanduidingen gebruikt, waarbij het niet duidelijk is of dat wel de bedoeling is:

- in het zesde lid van artikel 7, § 1, van de Elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van de distributienetbeheerders en de houders van een toegangscontract;

- in het zevende lid wordt gewag gemaakt van elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract;

- in het achtste lid wordt er nog enkel gewag gemaakt van de elektriciteitsbedrijven.

Daarover om uitleg verzocht, heeft de gemachtigde het volgende doen kennen:

“In het tweede ingevoegde lid is er sprake van distributienetbeheerders en de houders van een toegangscontract, en dit is onze bedoeling. We nemen hier exact de bepaling over die te vinden is in het kader van de federale bijdrage in artikel 21bis, §1 van de elektriciteitswet.

In het derde ingevoegde lid is er inderdaad sprake van elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract. Wij hebben hier naar analogie met artikel 21bis §2 van de elektriciteitswet (federale bijdrage) willen handelen, met één wijziging: teneinde gevallen te dekken waarin het geen leverancier of houder van een toegangscontract is, maar de (transport)netbeheerder die de degressiviteit toepast (en tijdelijk de rol van 'bankier' speelt), hebben we hier 'leveranciers en houders van een toegangscontract' (federale bijdrage, art 21bis §2) uitgebreid naar 'elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract'. Een klein aantal van dergelijke gevallen zullen ons inziens bestaan, met name daar waar een ARP houder is van zijn eigen toegangscontract. Deze toegangscontracthouder kan de degressiviteit niet op zichzelf toepassen, en in die gevallen is het aan de transportnetbeheerder om de rol van 'bankier' te spelen.

In het vierde ingevoegde lid, tot slot, is er enkel sprake van elektriciteitsbedrijven en niet van houders van een toegangscontract. Zoals u terecht opmerkt, is het hier

noodzakelijk dat er een analogie met het derde ingevoegde lid gecreëerd wordt, en dat ook hier sprake is van 'elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract'. Het betreft hier dus inderdaad een vergetelheid/vergissing.

Tot slot, de formulering 'elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract' werd gekozen omdat er geen volledige duidelijkheid was tussen de verschillende geraadpleegde juristen of houders van een toegangscontract onder de definitie van elektriciteitsbedrijven vielen. Indien u zekerheid kan verschaffen over het feit dat houders van een toegangscontract wel degelijk onder de wettelijk gedefinieerde noemer van elektriciteitsbedrijven vallen, dan zullen wij ons logischerwijs beperken tot 'elektriciteitsbedrijven' in het derde en vierde ingevoegde lid, daarbij in de Memorie van toelichting verduidelijkend dat het hier dus ook om de houders van een toegangscontract gaat.”

Krachtens artikel 2, 15^oter, van de Elektriciteitswet dient onder “elektriciteitsbedrijf” te worden verstaan “elke natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit produceert, vervoert, verdeelt, telt, levert of aankoopt of meerdere van deze werkzaamheden uitoefent die de commerciële, technische of onderhoudsopdrachten die aan deze werkzaamheden verbonden zijn verzekert, behalve eindafnemers”.

Hoewel de houders van een toegangscontract meestal op de één of andere manier energie verdelen of zelf energie produceren die ze injecteren in het transmissienet, is het strikt genomen niet onmogelijk dat ze enkel voor zichzelf afnemen. In dat laatste geval zijn ze, op grond van de omschrijving in artikel 2, 15^oter, van de wet, strikt genomen geen elektriciteitsbedrijf, want enkel eindafnemer. Dat leidt tot de conclusie dat de correcte formule in het nieuwe achtste lid toch niet “elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract” is. Immers, de houders van een toegangscontract die geen elektriciteitsbedrijf zijn, zijn louter eindafnemer, en die kunnen niet aan zichzelf factureren; aan hen wordt gefactureerd door de transmissienetbeheerder – en dat is wél een elektriciteitsbedrijf in de zin van artikel 2, 15^oter, van de Elektriciteitswet. Ook indien houders van een toegangscontract voor eigen gebruik produceren zijn ze weliswaar zelf ook als elektriciteitsbedrijf te beschouwen, maar zal er niettemin een ander elektriciteitsbedrijf zijn – namelijk Elia – dat aan hen factureert voor de afgenomen elektriciteit. In combinatie met het actief gebruik van het werkwoord “factureren” lijkt bijgevolg in het achtste lid enkel te moeten worden verwezen naar de elektriciteitsbedrijven. Het zal immers steeds een elektriciteitsbedrijf zijn (Elia, een distributienetbeheerder, een leverancier of een houder van een toegangscontract die eigen afnemers heeft) die zal factureren.⁶

Gelet op wat voorafgaat lijkt er eenodeloze overlapping te zijn in het nieuwe zevende lid en in het nieuwe elfde lid. Houders van een toegangscontract die eindafnemers hebben (onderscheiden van zichzelf) zijn immers zélf elektriciteitsbedrijven; aan de andere houders van een toegangscontract wordt gefactureerd door Elia (ook een elektriciteitsbedrijf). In beide gevallen is de (eventueel verminderde) toeslag dus toepasbaar door een elektriciteitsbedrijf.

⁶ Dat is zelfs zo in het geval een houder van een toegangscontract een gedeelte voor eigen gebruik afneemt en een gedeelte verder verdeelt, en dus wel een elektriciteitsbedrijf is. Hij wordt immers voor het geheel gefactureerd door Elia. Voor het eigen gedeelte kan hij terugbetaling van de vermindering krijgen. Voor het andere gedeelte krijgt hij ook de terugbetaling, die hij echter op zijn beurt moet toekennen aan de achterliggende afnemers. In beide gevallen wordt er dus gefactureerd door een elektriciteitsbedrijf.

Bijgevolg mogen de woorden “en houders van een toegangscontract” eigenlijk geschrapt worden in het ontworpen zevende lid en in het ontworpen elfde lid.

In de memorie van toelichting wordt echter wel best in herinnering gebracht dat zowel de transmissienetbeheerder, als de houders van een toegangscontract met afnemers ook elektriciteitsbedrijven zijn in de zin van artikel 2, 15^oter, van de Elektriciteitswet, terwijl een houder van een toegangscontract die een zuivere eindafnemer is en aan wie steeds gefactureerd wordt door een ander elektriciteitsbedrijf, niet als een elektriciteitsbedrijf beschouwd kan worden.

9. In het nieuwe zesde lid komt de zinsnede “zonder toepassing van de regels betreffende de degressiviteit bedoeld in onderhavige paragraaf” voor. Niet duidelijk is of daarmee enkel de verminderingen opgenomen in het nieuwe zevende lid worden bedoeld, dan wel of ook de vermindering ten gevolge van het instellen van een absoluut maximum in het nieuwe achtste lid wordt beoogd.⁷ De tekst van het ontwerp zal op dit punt duidelijker geformuleerd moeten worden.

10. Het nieuwe zevende lid maakt melding van vier categorieën, die echter niet precies op elkaar aansluiten.

Waar in 1^o gewag wordt gemaakt van “de verbruiksschijf tussen 20 MWh/jaar en 50 MWh/jaar”, heeft 2^o betrekking op “de verbruiksschijf tussen 50 MWh/jaar en 1 000 MWh/jaar”. Door het gebruik van het voorzetsel “tussen” valt de waarde 50 MWh/jaar in geen van beide categorieën. Dat kan worden verholpen door telkens te schrijven “de verbruiksschijf vanaf ... MWh/jaar tot ... MWh/jaar”.

11. In het ontworpen negende lid wordt verwezen naar de “verminderingen bedoeld in het zesde en zevende lid”, terwijl het degressiviteitsmechanisme te vinden is in het ontworpen zevende lid en het plafond in het ontworpen achtste lid. De verwijzing in het ontworpen lid zal in die zin moeten worden aangepast.

*

⁷ In de memorie van toelichting wordt melding gemaakt van “een degressiviteitsmechanisme en een jaarlijks plafond”. In het nieuwe negende lid wordt verwezen naar “[d]e verminderingen bedoeld in het [zevende] en [achtste] lid”, hetgeen duidelijker is.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de compléter l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité). Les nouvelles dispositions opèrent un certain nombre de modifications en ce qui concerne le régime de surcharge.

Il résulte de l'article 7, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi sur l'électricité que les mesures d'organisation du marché, dont les mécanismes, gérés par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), en vue de l'octroi de certificats de garantie d'origine et de certificats verts pour l'électricité produite à partir de l'eau, des courants ou des vents dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction, sont financés en tout ou en partie par une surcharge appliquée sur les tarifs pour la gestion du réseau de transport ou des réseaux ayant une fonction de transport.

Une première modification visée par le projet implique que la surcharge fédérale est dorénavant calculée sur l'« électricité nette » que les clients finals prélèvent du réseau pour leur usage propre (article 7, § 1^{er}, alinéa 5 ², en projet, de la loi sur l'électricité). Jusqu'à présent, cette surcharge est calculée sur la base de l'« énergie brute limitée », telle qu'elle est définie à l'article 1^{er}, 32°, de l'arrêté royal du 8 juin 2007 'relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par le gestionnaire du réseau national de transport d'électricité' ³.

Une deuxième modification concerne la limitation du montant de la surcharge sur les tarifs pour les consommations à partir du 1^{er} juillet 2013 jusqu'au 31 décembre 2013, d'une part par l'instauration d'un montant maximal de 125.000 euros par site de consommation (article 7, § 1^{er}, alinéa 8, en projet, de la loi sur l'électricité) et, d'autre part, par la diminution de la surcharge, à partir d'une consommation de 20 MWh par an, de 15%, 20%, 25% ou 45%, en fonction de la quantité d'électricité prélevée pour l'ensemble de l'année 2013 (article 7, § 1^{er}, alinéa 7, en projet, de la loi sur l'électricité). Le projet fixe certaines conditions en matière de conclusion et de respect des accords de branche ou conventions régionaux pour pouvoir bénéficier

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² L'article 2 du projet vise à compléter l'article 7, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité par neuf alinéas. L'article 7, § 1^{er}, ne comptant actuellement que quatre alinéas, il s'agit des alinéas 5 à 13.

³ Article 14^{ter}, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 'relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables'.

des limitations (article 7, § 1^{er}, alinéa 9, en projet, de la loi sur l'électricité). Ces diminutions ne sont pas appliquées par les gestionnaires du réseau, qui sont chargés de la perception de la surcharge (article 7, § 1^{er}, alinéa 6, en projet, de la loi sur l'électricité), mais sont remboursées par la CREG à qui certaines recettes sont affectées à cet effet (article 7, § 1^{er}, alinéas 11 et 12, en projet, de la loi sur l'électricité).

FORMALITÉS

3. En vertu de l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', une concertation associant les gouvernements (régionaux) concernés et l'autorité fédérale compétente doit avoir lieu pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors des compétences énumérées à l'article 6, § 1^{er}, VII, de cette loi.

Dès lors que le projet vise une compétence (résiduelle) de l'autorité fédérale dans le domaine de la politique de l'énergie (à savoir les nouvelles sources d'énergie dans les espaces marins, dont l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne fait pas mention) qui n'est pas mentionnée à l'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980, une concertation doit avoir lieu sur le projet avec les gouvernements des régions.

4. Il découle de l'article 19/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' que les avant-projets de loi, les projets d'arrêté royal et les propositions de décisions devant être soumises à l'approbation du Conseil des ministres, doivent en principe faire l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence au sens de l'article 2, 9°, de cette loi.

Les seuls cas dans lesquels l'examen préalable ne doit pas avoir lieu sont ceux qui sont fixés par l'arrêté royal du 20 septembre 2012 'portant exécution de l'article 19/1, § 1^{er}, deuxième alinéa, du chapitre V/1 de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable'.

Le projet est accompagné d'un formulaire « EIDDD : Exemption (formulaire A) », où l'exemption est motivée par le fait que la mesure se rapporterait uniquement à des éléments techniques budgétaires ou fiscaux. Ce raisonnement ne peut pas être suivi.

Une catégorie « matières techniques budgétaires ou fiscales » ne figure pas en tant que telle à l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012. L'article 2, 2°, de l'arrêté fait cependant état de « la réglementation envisagée relative au budget, aux techniques budgétaires et aux marchés publics » et le 4° vise « la réglementation envisagée de caractère purement formel ». Ces catégories d'exemption ne s'appliquent pas au projet, dès lors que des droits et des obligations sont créés pour les opérateurs économiques et que la nature du régime d'aide pour la production d'énergie offshore est fondamentalement modifiée.

Il est possible que le projet ait même des effets négatifs sur le développement durable. En effet, la diminution des coûts énergétiques pour les gros consommateurs prive ceux-ci d'un important incitant à poursuivre la réduction de leur consommation d'énergie. Dans le même temps, la mesure vise à sauvegarder la compétitivité des entreprises concernées, ce qui a

inévitables des conséquences sur le plan économique et social. Le test EIDDD a précisément pour but de répertorier et de pondérer ces effets différents et éventuellement opposés.

Compte tenu de ce qui précède, le projet ne peut pas être réputé exempté de l'évaluation d'incidence préalable sur le développement durable prévue à l'article 19/1 de la loi du 5 mai 1997. Le caractère temporaire de la mesure qui limite l'impact attendu, peut éventuellement jouer un rôle lors de l'examen de la question de savoir si un examen complet est requis sur la base de l'article 19/2 de la loi, mais il ne constitue pas un facteur du régime d'exemption.

Il faut également rappeler qu'en vertu de l'article 19/3, 1°, de la loi précitée du 5 mai 1997, l'accomplissement de la formalité visée constitue une condition pour qu'un projet de loi puisse être déposé devant les chambres législatives.

5. Le projet doit être préalablement notifié à la Commission européenne dans le cadre du contrôle des aides d'État prévu à l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

5.1. Force est tout d'abord de constater que le régime en projet implique que les gros consommateurs sont partiellement dispensés des charges financières qui leur incombent sur la base de la législation en vigueur d'une manière générale. En effet, l'autorité rembourse une partie de la surcharge fédérale perçue. En outre, l'exposé des motifs souligne expressément, à cet égard, la nécessité de sauvegarder la compétitivité des entreprises en question.

Certaines entreprises bénéficiant donc de prime abord d'une aide (une réduction de la surcharge fédérale) qui est financée au moyen de deniers publics (recettes provenant des accises et de l'impôt des sociétés) et qui pourrait avoir pour effet de fausser la concurrence et d'influencer défavorablement les échanges entre les États membres.

5.2. Deuxièmement, il convient de relever que le projet modifie fondamentalement le régime d'aide existant pour la production d'énergie offshore.

En ce qui concerne le régime en vigueur, on peut admettre que l'aide minimale qui doit être accordée par le gestionnaire du réseau de transport (Elia) par l'intermédiaire de l'achat de certificats offshore sort tout à fait du champ d'application des règles régissant les aides d'État, au motif que les coûts de cette aide sont intégralement mis à la charge des consommateurs d'énergie par la voie d'une surcharge sur les tarifs et ne sont donc pas payés au moyen de fonds publics⁴.

Aux termes du régime en projet, au moins une partie significative de ces coûts – le rapport de l'Inspection des Finances évalue l'impact entre 22 et 24 millions d'euros – est dorénavant supportée par l'autorité. Certes, on peut objecter que l'autorité ne supporte les coûts qu'indirectement. Toutefois, il convient de relever que dans l'arrêt *PreussenElektra*, la Cour de Justice de l'Union européenne rappelle que les aides publiques accordées indirectement peuvent

⁴ Voir à cet égard: C.J.U.E., 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, Jur., 2001, I-2180 - I-2183, points 54 à 67.

également constituer des aides d'État⁵. En effet, du point de vue économique, il est indifférent que l'autorité rembourse les clients finals ou qu'elle prévoie qu'Elia applique elle-même la réduction progressive et perçoive de l'autorité les moyens nécessaires à cet effet. Au bout du compte, l'autorité paie désormais pour permettre aux producteurs offshore de recevoir des aides par l'intermédiaire d'Elia. L'autorité ne peut pas éluder la qualification d'aides d'État en faisant en sorte que les clients finals avancent les aides.

5.3. Dans ces conditions, il peut être admis que les règles en matière d'aides d'État sont mises en cause. Le projet devra dès lors être notifié en application de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. Il conviendra d'ailleurs de notifier non seulement le présent projet en raison des avantages accordés aux entreprises grandes consommatrices, mais également le régime d'aides pour l'énergie éolienne offshore dans son ensemble, compte tenu du fait que le régime est fondamentalement modifié.

6. Si, après l'accomplissement des formalités mentionnées, des modifications doivent encore être apportées à la réglementation en projet, ces dernières devront encore être soumises au Conseil d'État, section de législation.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

7. À la question de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par « électricité nette » à l'alinéa 5, nouveau, et quelle est la différence avec l'« énergie limitée brute » sur la base de laquelle la surcharge est encore calculée actuellement, le délégué a répondu ce qui suit :

« Ik beschik over een goede definitie in het Frans:

‘L'électricité nette prélevée est la différence entre l'électricité brute prélevée diminuée de l'intégralité de la production locale (éventuelle) en un point d'accès. L'énergie brute limitée prélevée est la différence entre l'électricité brute prélevée diminuée de la production locale limitée à 25MW en un point d'accès.’

Dit leidt er inderdaad dus toe dat de totale ‘belastbare basis’ een beetje verkleint, omdat de lokale productie van een aantal grote gebruikers/producenten nu in rekening wordt genomen.

In de feiten gaat het hier om het wegwerken van een discriminatie: in de feiten is het immers niet mogelijk om op het distributienet (75% van het verbruik in België) de bruto begrensde energie vast te stellen: er zijn immers geen slimme meters en kwartierafnamen op het DNB-net. De tellers draaien ‘terug’ bij lokale productie, en dus leidt dit ertoe dat in de feiten reeds vandaag op het DNB-net de offshore-toeslag op de netto verbruikte elektriciteit geheven wordt.

Om deze anomalie op te lossen, en in het licht van de competitiviteit van gebruikers op het transportnet die hun eigen elektriciteit opwekken, stelt de regering dus voor om de belastbare basis voor iedereen in de feiten gelijk te stellen en de netto elektriciteit als belastbare basis te nemen voor de offshore toeslag. Dit is dezelfde

⁵ C.J.U.E., 13 mars 2001, affaire C-379/98, *PreussenElektra*, Jur., 2001, I-2181, point 58.

belastbare basis als voor de federale bijdrage, overigens. Eenvoudig toepasbaar voor de leveranciers dus.

Gezien de belastbare basis hierdoor licht afneemt (2 à 4 Twh naargelang de informatie) heeft dit een invloed op de recette van de offshore toeslag. Wij zijn in contact met Elia en de CREG om in te schatten of de toeslag nog in het jaar 2013 licht moet verhoogd worden, of dat dit geabsorbeerd kan worden door een schijnbare lichte onderproductie tot dusver. In 2014 zal de bijdrage in elk geval aangepast worden, gezien de bijkomende capaciteit ».

Mieux vaudrait insérer cette explication dans l'exposé des motifs et il conviendrait de compléter le projet par une définition des termes « électricité nette ».

8. Les différents alinéas nouveaux, en projet, utilisent d'autres notions et l'on n'aperçoit pas clairement si telle est effectivement l'intention :

- l'alinéa 6 de l'article 7, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité vise les gestionnaires de réseau de distribution et les titulaires d'un contrat d'accès ;

- l'alinéa 7 fait état d'entreprises d'électricité et de titulaires d'un contrat d'accès ;

- l'alinéa 8 ne mentionne plus que les entreprises d'électricité.

Invité à fournir des explications à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« In het tweede ingevoegde lid is er sprake van distributienetbeheerders en de houders van een toegangscontract, en dit is onze bedoeling. We nemen hier exact de bepaling over die te vinden is in het kader van de federale bijdrage in artikel 21bis, § 1 van de elektriciteitswet.

In het derde ingevoegde lid is er inderdaad sprake van elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract. Wij hebben hier naar analogie met artikel 21bis § 2 van de elektriciteitswet (federale bijdrage) willen handelen, met één wijziging: teneinde gevallen te dekken waarin het geen leverancier of houder van een toegangscontract is, maar de (transport)netbeheerder die de degressiviteit toepast (en tijdelijk de rol van 'bankier' speelt), hebben we hier 'leveranciers en houders van een toegangscontract' (federale bijdrage, art 21bis § 2) uitgebreid naar 'elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract'. Een klein aantal van dergelijke gevallen zullen ons inziens bestaan, met name daar waar een ARP houder is van zijn eigen toegangscontract. Deze toegangscontracthouder kan de degressiviteit niet op zichzelf toepassen, en in die gevallen is het aan de transportnetbeheerder om de rol van 'bankier' te spelen.

In het vierde ingevoegde lid, tot slot, is er enkel sprake van elektriciteitsbedrijven en niet van houders van een toegangscontract. Zoals u terecht opmerkt, is het hier noodzakelijk dat er een analogie met het derde ingevoegde lid gecreëerd wordt, en dat ook hier sprake is van 'elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract'. Het betreft hier dus inderdaad een vergetelheid/vergissing.

Tot slot, de formulering 'elektriciteitsbedrijven en houders van een toegangscontract' werd gekozen omdat er geen volledige duidelijkheid was tussen de verschillende geraadpleegde juristen of houders van een toegangscontract onder de definitie van elektriciteitsbedrijven vielen. Indien u zekerheid kan verschaffen over het feit dat houders van een toegangscontract wel degelijk onder de wettelijk gedefinieerde noemer van elektriciteitsbedrijven vallen, dan zullen wij ons logischerwijs beperken tot

‘elektriciteitsbedrijven’ in het derde en vierde ingevoegde lid, daarbij in de Memorie van toelichting verduidelijkend dat het hier dus ook om de houders van een toegangscontract gaat ».

En vertu de l’article 2, 15^oter, de la loi sur l’électricité, il y a lieu d’entendre par « entreprise d’électricité » « toute personne physique ou morale qui effectue la production, le transport, la distribution, le comptage, la fourniture ou l’achat d’électricité ou plusieurs de ces activités et qui assure les missions commerciales, techniques ou de maintenance liées à ces activités, à l’exclusion des clients finals ».

Même si les titulaires d’un contrat d’accès distribuent généralement de l’énergie de l’une ou l’autre manière ou produisent eux-mêmes de l’énergie qu’ils injectent dans le réseau de transport, il n’est pas impossible, à strictement parler, qu’ils prélèvent uniquement pour eux-mêmes. Dans ce dernier cas, sur la base de la définition figurant à l’article 2, 15^oter, de la loi, ils ne sont pas, au sens strict, une entreprise d’électricité, mais uniquement un client final. Force est d’en conclure que la formule correcte à l’alinéa 8, nouveau, n’est pas « entreprises d’électricité et titulaires d’un contrat d’accès ». En effet, les titulaires d’un contrat d’accès qui ne sont pas une entreprise d’électricité, sont de simples clients finals, et ils ne peuvent pas facturer à eux-mêmes; c’est le gestionnaire du réseau de transport qui facturera et il s’agit bel et bien là d’une entreprise d’électricité au sens de l’article 2, 15^oter, de la loi sur l’électricité. Même dans le cas où les titulaires d’un contrat d’accès produisent pour leur usage propre, ils doivent certes être considérés eux-mêmes également comme une société d’électricité, mais ce sera une autre entreprise d’électricité – à savoir Elia – qui leur facturera l’électricité prélevée. Par conséquent, compte tenu de l’usage actif du verbe « facturer », l’alinéa 8 semble ne devoir faire référence qu’aux entreprises d’électricité. En effet, ce sera toujours une entreprise d’électricité (Elia, un gestionnaire de réseau de distribution, un fournisseur ou un titulaire d’un contrat d’accès qui a ses propres clients) qui facturera ⁶.

Compte tenu de ce qui précède, il semble y avoir un chevauchement inutile entre l’alinéa 7, nouveau, et l’alinéa 11, nouveau. En effet, les titulaires d’un contrat d’accès qui ont des clients finals (distincts d’eux-mêmes) sont eux-mêmes des entreprises d’électricité; Elia (également une entreprise d’électricité) facture aux autres titulaires d’un contrat d’accès. Dans les deux cas, une entreprise d’électricité applique donc la surcharge (éventuellement réduite). Par conséquent, les termes « et les titulaires d’un contrat d’accès » peuvent en fait être supprimés aux alinéas 7 et 11, en projet.

Il vaudrait toutefois mieux rappeler dans l’exposé des motifs que tant le gestionnaire du réseau de transport que les titulaires d’un contrat d’accès avec clients sont également des entreprises d’électricité au sens de l’article 2, 15^oter, de la loi sur l’électricité, alors qu’un titulaire d’un contrat d’accès qui est uniquement un client final et auquel une autre entreprise d’électricité facture toujours, ne peut pas être considéré comme une entreprise d’électricité.

⁶ Tel est même le cas lorsqu’un titulaire d’un contrat d’accès prélève une partie pour son usage propre et distribue une autre partie, et est donc bel et bien une entreprise d’électricité. En effet, Elia lui facturera la totalité du prélèvement. Pour sa partie propre, il pourra obtenir le remboursement de la réduction. Pour l’autre partie, il recevra également le remboursement qu’il devra toutefois accorder à son tour aux clients en amont. Dans les deux cas, c’est donc une entreprise d’électricité qui facturera.

9. L'alinéa 6, nouveau, comprend le membre de phrase « sans application des mesures de dégressivité visée[s] dans ce paragraphe ». On n'aperçoit pas s'il faut entendre par là uniquement les diminutions insérées à l'alinéa 7, nouveau, ou si la diminution à la suite de l'instauration d'un maximum absolu à l'alinéa 8, nouveau, est également visée⁷. Le texte du projet devra être formulé plus clairement sur ce point.

10. L'alinéa 7, nouveau, fait état de quatre catégories, qui ne s'imbriquent pas parfaitement.

En effet, là où le 1° mentionne « la tranche de consommation entre 20 MWh/an et 50 MWh/an », le 2° concerne « la tranche de consommation entre 50 MWh/an et 1 000 MWh/an ». Compte tenu de l'utilisation de la préposition « entre », la valeur 50 MWh/an n'entre dans aucune des deux catégories. On peut y remédier en écrivant chaque fois « la tranche de consommation à partir de ... MWh/an jusqu'à ... MWh/an ».

11. L'alinéa 9, en projet, fait référence aux « diminutions visées aux alinéas 6 et 7 », alors que le mécanisme de dégressivité figure à l'alinéa 7, en projet, et le plafond à l'alinéa 8, en projet. La référence dans l'alinéa en projet devra être adaptée en ce sens.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT

⁷ L'exposé des motifs mentionne « un mécanisme de dégressivité et un plafond annuel ». L'alinéa 9, nouveau, vise « [l]es diminutions visées aux alinéas [7] et [8] », ce qui est plus clair.