



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.720/1/V
van 19 juli 2013

avis 53.720/1/V
du 19 juillet 2013

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van 16 juli
2002 betreffende de instelling
van mechanismen voor de
bevordering van elektriciteit
opgewekt uit hernieuwbare
energiebronnen'

un projet d'arrêté royal
'modifiant 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'

Op 12 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 18 juli 2013. De kamer was samengesteld uit Jan CLEMENT, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Pierre BARRA, staatsraden, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 juli 2013.

*

Le 12 juillet 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 cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant 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’.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 18 juillet 2013. La chambre était composée de Jan CLEMENT, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Pierre BARRA, conseillers d'État, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 juillet 2013.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“Gelet op de hoogdringendheid, gemotiveerd door de inwerkingtreding op 1 juli 2013 van artikel 115 van de programmawet van 27 juni 2013, dat een mechanisme van degressiviteit en plafonnering invoert voor de zogenaamde ‘offshore-toeslag’ via een aanvulling van artikel 7, § 1 van de wet van 29 april 1999, en eveneens gemotiveerd door het feit dat onderhavig koninklijk besluit de nadere regels voor dit mechanisme van degressiviteit en plafonnering vastlegt en dat alle betrokken marktpartijen, zowel de consumenten, de netbeheerders, de commissie als de leveranciers, binnen de kortst mogelijke termijn dienen te kunnen beschikken over de nodige informatie en richtlijnen teneinde het gewijzigde artikel 7 §1 van de wet van 29 april 1999 te kunnen uitvoeren en respecteren, zou de Regering de Raad van State dankbaar zijn, mocht het advies worden verstrekt binnen de termijn bepaald bij artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.”

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Bij de programmawet van 28 juni 2013 werd artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ aangevuld met een aantal bepalingen die ertoe strekken de tarieftoeslag bedoeld in het tweede lid van deze bepaling voortaan te berekenen op basis van de netto-elektriciteit en om die toeslag degressief te maken en te plafonneren, naar het voorbeeld van de beperking van de federale bijdrage op elektriciteit.¹ Die bepalingen zijn in werking getreden op 1 juli 2013.

Het ontworpen besluit strekt ertoe de nodige wijzigingen aan te brengen in het koninklijk besluit van 16 juli 2002 ‘betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’ ter uitvoering van de voormelde wetswijziging. Aan het te nemen besluit wordt terugwerkende kracht verleend tot 1 juli 2013, zijnde de datum waarop de wetswijziging in werking is getreden.

ONTVANKELIJKHEID VAN DE ADVIESAANVRAAG

4. Bij artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 wordt aan de Koning de bevoegdheid verleend om bij koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad,

¹ Vergelijk met artikel 21bis, § 2, van dezelfde wet.

maatregelen te nemen “op voorstel van de commissie” (de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, hierna: CREG). Zoals de Raad van State reeds had opgemerkt in advies 53.320/3 van 15 mei 2013 over een vorige versie van het onderhavige ontwerpbesluit,² moet het ontwerpbesluit bijgevolg voorafgegaan worden door een voorstel dat door de CREG is opgesteld. Dat voorstel moet bovendien geformuleerd kunnen worden tegen de achtergrond van de wetgeving zoals die geldt voor het te nemen besluit en niet in afwachting van een wetsontwerp dat strekt tot de aanpassing van die wetgeving.

Na het voormelde advies heeft de wetswijziging haar beslag gekregen (zie opmerking 3) en heeft de CREG op 4 juli 2013 tegen de achtergrond van de nieuwe, thans relevante wetgeving, een voorstel kunnen formuleren. Er kan dan ook worden aangenomen dat thans is voldaan aan het vereiste dat het ontworpen besluit gebaseerd moet zijn op een voorstel dat uitgaat van de CREG.

5. Het voorstel van de CREG werd door de staatssecretaris, bevoegd voor Energie, niet overgenomen. De tekst van het ontwerpbesluit dat thans om advies wordt voorgelegd, is een nagenoeg ongewijzigde versie van het ontwerp dat reeds eerder om advies aan de Raad van State is voorgelegd. Uit de voormelde wetsbepaling vloeit evenwel niet voort dat het voorstel van de CREG op enige wijze bindend zou zijn voor de Koning. Er bestaat dan ook geen juridisch bezwaar tegen dat de staatssecretaris, nadat hij kennis heeft genomen van het voorstel van de CREG, van oordeel is dat de voorkeur moet worden gegeven aan een andere versie, ook indien dat de versie blijkt te zijn die hij reeds initieel had voorbereid.³

Dit neemt evenwel niet weg dat het ontworpen besluit overeenkomstig de voormelde wetsbepaling moet worden vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Dit voorgeschreven collegiale overleg in de Ministerraad kan niet worden gelijkgesteld met een “voorafgaand vormvereiste” in de zin van artikel 84, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003.⁴ Dat overleg is immers bedoeld om de regeringsleden de gelegenheid te bieden van gedachten te wisselen over een voorgelegd ontwerpbesluit en mee te werken aan het opstellen ervan. Pas wanneer een consensus bereikt is, kan een ontwerp van koninklijk besluit worden beschouwd als zijnde in zoverre gereed dat het om advies kan worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State. Een minister of staatssecretaris kan dat advies bijgevolg niet aanvragen voordat over dat ontwerp van koninklijk besluit overlegd is in de Ministerraad en voordat in voorkomend geval aanpassingen zijn aangebracht als gevolg van dat overleg.

Te dezen blijkt dat de Ministerraad weliswaar op 3 mei 2013 heeft beraadslaagd over een ontwerpbesluit dat nadien werd voorgelegd aan de Raad van State, maar waarover de

² Zie adv.RvS 53.319/3 en 53.320/3 van 15 mei 2013 over een voorontwerp van wet ‘houdende wijzigingen van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (53.319/3) en een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’ (53.320/3).

³ Desalniettemin moet worden opgemerkt dat die versie niet is afgestemd op de actuele stand van de wetgeving, aangezien geen rekening werd gehouden met de *sub* 3 vermelde wetswijziging. Zie daarover ook opmerking 7.

⁴ Het tweede lid van die bepaling schrijft voor: “Wanneer het advies wordt gevraagd binnen een termijn van paragraaf 1, eerste lid, 1° of 2°, wordt het gegeven zelfs indien de voorgeschreven vormvereisten niet zijn vervuld.”.

Raad van State in het voormelde advies 53.320/3 vervolgens heeft vastgesteld dat eerst een voorstel door de CREG moest worden opgesteld tegen de achtergrond van de relevante wetgeving (zie opmerking 4). De Ministerraad heeft bijgevolg niet de gelegenheid gehad om kennis te nemen van het voorstel van de CREG van 4 juli 2013, evenmin als van de redenen die de staatssecretaris bevoegd voor Energie ertoe gebracht hebben om de voorkeur te geven aan een andere versie dan dat voorstel. Eerst wanneer dit gebeurd is en de Ministerraad hierover een consensus heeft bereikt, kan het ontwerp op ontvankelijke wijze om advies aan de Raad van State worden voorgelegd.

Daaruit volgt dat de adviesaanvraag voorbarig, en bijgevolg niet ontvankelijk is.

6.1. Niettegenstaande de onontvankelijkheid van de adviesaanvraag meent de Raad van State alvast te moeten herinneren aan hetgeen hij in advies 53.374/3⁵ heeft opgemerkt over het ontwerp dat heeft geleid tot de *sub* 3 vermelde wetswijziging, wat betreft de aanmelding van de ontworpen regeling bij de Europese Commissie:

“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.”

In de toelichting bij het voorstel dat de CREG op 4 juli 2013 heeft geformuleerd, wordt eveneens gesteld dat de voorgenomen steunregeling moet worden aangemeld:

“De verantwoording van het amendement op het ontwerp van programmawet doet er niet geheimzinnig over: het doel van de voorgenomen maatregel is om de last van de offshore toeslag voor de grote industriële afnemers te beperken – momenteel dragen de grote industriële afnemers aangesloten op het Elia-net een kost van ongeveer 4 euro/MWh voor de ondersteuning van hernieuwbare energie, terwijl de daling van de prijzen op de Endexmarkt omwille van de massale injectie van hernieuwbare energie en de marktkoppeling, groter is 4 euro/MWh. Met andere woorden, het gaat om een maatregel die deze ondernemingen wil bevoordelen en zou dus overeenkomstig artikel 107 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna ‘VWEU’) een verboden vorm van staatssteun kunnen zijn.

De steunregeling aan de grote industriële afnemers vertoont sterke gelijkenissen met een Oostenrijkse steunregeling waarvan de Europese Commissie van mening was dat

⁵ Adv.RvS 53.374/3 van 7 juni 2013 over een voorontwerp van wet ‘houdende wijzigingen van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

ze in strijd was met het recht van de Europese Unie⁶. Deze regeling stelde energie-intensieve ondernemingen vrij van de bijkomende kosten in verband met de wettelijke verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten. In haar beslissing stelde de Europese Commissie vast dat de maatregel een daling van de staatsmiddelen met zich meebracht, die op haar beurt een selectief voordeel bood aan energie-intensieve ondernemingen. Bijgevolg kon de regeling een negatieve invloed hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten en tevens de mededinging vervalsen (§ 113).

Meer bepaald met betrekking tot de selectieve aard van de steun heeft de Commissie aangegeven dat de voorgenomen maatregel in de praktijk prioritair van toepassing was op een beperkt aantal ondernemingen die bepaalde goederen produceren die een groot energieverbruik vereisen, en dat het vrijstellingsmechanisme niet strookte met de algemene opzet van het systeem, met name de bevordering van hernieuwbare energiebronnen.

Op het vlak van concurrentievervalsing heeft de Commissie vastgesteld dat de begunstigen van deze maatregel, namelijk de producenten van goederen die een groot energieverbruik vergen, concurrenten waren van ondernemingen van andere lidstaten, waardoor de maatregel de mededinging kon vervalsen en schade berokkenen aan de uitwisselingen op de interne markt.

Op het eerste zicht kunnen de waarnemingen van de Europese Commissie in de voormelde zaak naar het onderhavige geval worden overgedragen.

Daarbij moet zeker worden opgemerkt dat, zoals voor de federale bijdrage, de regeling van degressiviteit en plafonnering enkel van toepassing is op de ondernemingen die een sectorakkoord of 'convenant' hebben ondertekend, wat blijkbaar toelaat de steun te rechtvaardigen ten opzichte van de Richtsnoeren inzake staatssteun voor de bescherming van het milieu⁷. Terwijl de federale bijdrage een vrijstelling inhoudt die in lijn ligt met de bescherming van het milieu, stelt de CREG echter vast dat in het onderhavige geval de vrijstellingsmaatregel integendeel in strijd is met een regeling ter ondersteuning van hernieuwbare energiebronnen, en dus ter bescherming van het milieu.

Bovendien moet worden vermeld dat de ondertekening van een sectorakkoord of convenant in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet mogelijk is aangezien dit gewest dit type van maatregelen niet in zijn wetgeving heeft opgenomen. Door de manier waarop de tekst van artikel 7, § 1 van de Elektriciteitswet werd opgesteld, worden de ondernemingen gevestigd in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest er nochtans niet van weerhouden om van deze maatregel te genieten, aangezien voorzien is dat deze maatregel voor alle eindafnemers geldt 'behalve diegene die geen sectorakkoord of convenant die ze kunnen ondertekenen, hebben afgesloten'. Omdat het niet mogelijk is om dergelijke akkoorden in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest af te sluiten, zullen de ondernemingen die er zijn gevestigd dus automatisch genieten van de verminderingen op de toeslag. Bijgevolg is het doel van de bescherming van het milieu niet duidelijk aangetoond. Bovendien is het ontwerp in dit opzicht discriminerend.

Aangezien de voorgenomen steunmaatregel tot slot in principe een beperkte levensduur heeft (van 1 juli 2013 tot 31 december 2013) en de vrijgestelde bedragen bijgevolg relatief laag zijn, zou men kunnen pogen hem te rechtvaardigen in het licht van

⁶ Voetnoot 3 van de geciteerde toelichting bij het voorstel van de CREG: Besluit van de Commissie van 8 maart 2011 betreffende de staatssteun in de zaak C 24/09, *Publicatieblad van de Europese Unie*, 10 september 2011, L 235/42.

⁷ Voetnoot 4 van de geciteerde toelichting bij het voorstel van de CREG: *Publicatieblad van de Europese Unie*, 1 april 2008, C 82/1.

de Europese wetgeving betreffende de-minimissteun⁸. Uit de projecties van de CREG blijkt echter dat de steun toegekend aan bepaalde ondernemingen in het kader van de voorgenomen regeling het plafond van 200.000 euro toegelaten door deze reglementering, zal overschrijden.

Ook al kan de CREG geen definitief uitsluitsel geven betreffende de wettelijkheid van de regeling van degressiviteit en plafonnering, ingesteld door de programmawet van 28 juni 2013, ten aanzien van de Europese regelgeving inzake staatssteun, toch is zij van mening dat het nuttig is te benadrukken dat op dit punt op zijn minst een aanmelding van het mechanisme bij de Europese Commissie vereist lijkt.”

6.2. De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

“De Staatssecretaris is hier om verschillende redenen, na advies en raadpleging van de administratie, van mening dat het hier geen maatregel van staatssteun betreft, en dat er dus geen aanmelding nodig is:

1) De eigenlijke steunmaatregel betreft de offshore. Hier gaat het om de financiering daarvan.

2) Eerst en vooral gaat het hier om exact dezelfde maatregel als dewelke reeds sinds de wet houdende diverse bepalingen van 20 juli 2005 (artikel 63) bestaat voor de federale bijdrage. Toentertijd maakte de Raad van State (advies 38.097/1, oorspronkelijk uitgebracht op een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999) hierover geen enkele opmerking voor wat betreft het aspect staatssteun of aanmelding aan de Europese Commissie. Wij baseren ons hier dus op reeds geldende wetgeving om een werkbare en duidelijke maatregel op te stellen. Ook de Europese Commissie maakte nooit een opmerking, hoewel dergelijke systemen voor België zowel als voor de buurlanden al verschillende jaren bestaan.

3) Dit is niet verwonderlijk: wij zijn van mening dat het hier aan de basis gaat om het diversifiëren van een bepaalde belasting, in casu de offshore toeslag. Progressieve (of degressieve) aanslagvoeten en plafonneringen zijn gebruikelijk, zowel voor indirecte (hogere BTW op luxeproducten) als voor directe belastingen (progressieve inkomensbelasting, plafond op de roerende voorheffing). Er is ons inziens geen enkele reden om aan te nemen dat hetzelfde niet zou gelden voor de parafiscaliteit, zoals de offshore toeslag.

4) De doelgroep is geen specifieke groep ondernemingen, maar wel alle gebruikers boven 20 MWh/jaar. Men kan dus niet spreken van discriminatie, evenmin als dat het geval is voor de degressiviteit en plafonnering van de federale bijdrage.”

De door de gemachtigde aangehaalde argumenten overtuigen niet. Vooreerst gebeurt de financiering van de ondersteuning van de offshore energieproductie door de thans ontworpen regeling gedeeltelijk met overheidsmiddelen, aangezien de overheid voortaan een deel overneemt van de tarieftoeslag die strekt tot de financiering van certificaten van oorsprongsgarantie en groenestroomcertificaten voor elektriciteit geproduceerd uit water, stromen of winden in de zeegebieden waar België rechtsmacht kan uitoefenen.⁹ De degressiviteit en de

⁸ Voetnoot 5 van de geciteerde toelichting bij het voorstel van de CREG: Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, *Publicatieblad van de Europese Unie*, 28 december 2006, L 379/5.

⁹ Om die reden heeft de Raad van State in het voormelde advies 53.374/3 over de ontworpen wijziging van artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 gesteld dat niet enkel de degressiviteit en plafonnering, zoals hierna wordt benadrukt, als vormen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU moeten worden beschouwd, maar dat het hele

plafonnering van de tarief toeslag leiden er bovendien toe dat energie-intensieve bedrijven ter vrijwaring van hun concurrentiekracht een vermindering krijgen van parafiscale lasten, zoals de tarief toeslag, die zij normaal verschuldigd zijn. Een dergelijke verlichting van parafiscale lasten vormt een afzonderlijke staatssteunmaatregel.¹⁰ Het Hof van Justitie heeft al geoordeeld dat de levering van energie tegen preferentiële voorwaarden aan ondernemingen die stoffelijke goederen produceren, als een steunmaatregel van de staat kan worden beschouwd.¹¹

Voorts is het voor de beoordeling of een maatregel gekwalificeerd moet worden als staatssteun in de zin van artikel 108, lid 3, VWEU, niet doorslaggevend of de Raad van State of de Europese Commissie in het verleden gelijkaardige maatregelen als staatssteun hebben aangemerkt. Nog afgezien van het gegeven dat zowel de omvang als de doelstelling van de federale bijdrage verschillend is, zodat daaruit alvast geen conclusies kunnen worden getrokken, is ook de omstandigheid dat de Europese Commissie gelijkaardige systemen in het buitenland heeft aanvaard, niet beslissend. Overigens wijst de CREG in de toelichting bij haar voorstel op de gelijkenis met een Oostenrijkse regeling, die door de Europese Commissie juist wel als strijdig met het EU-recht werd aangemerkt.¹²

De progressiviteit van de belasting – of veeleer de degressiviteit ten gunste van grote ondernemingen – kan weliswaar de kwalificatie als staatssteun beïnvloeden, maar in het zo-even reeds aangehaalde arrest *Adria-Wien Pipeline* weerlegde het Hof van Justitie juist het argument dat “de aard of de opzet van het belastingstelsel” de toekenning van voordelen aan bepaalde ondernemingen zou rechtvaardigen:

“48. In de eerste plaats moet worden benadrukt dat noch het grote aantal begunstigde ondernemingen, noch de verscheidenheid en het belang van de sectoren waartoe deze ondernemingen behoren, grond kan zijn om een overheidsinitiatief als algemene maatregel van economische politiek te beschouwen (zie in die zin arrest België/Commissie, reeds aangehaald, punt 32).

systeem van ondersteuning van offshore-energieproductie in het licht van het arrest *PreussenElektra AG* van het Hof van Justitie voortaan de kenmerken van staatssteun vertoont, en bijgevolg ook als geheel moet worden aangemeld (zie adv.RvS 53.374/3 van 7 juni 2013 over een voorontwerp van wet ‘houdende wijzigingen van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, punt 5.2, met verwijzing naar HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98, *PreussenElektra AG*).

¹⁰ HvJ 23 februari 1961, C-30/59, *Gezamenlijke Steenkoolmijnen in Limburg*; HvJ 17 maart 1993, C-72/91 en C-73/91 *Sloman Neptun Schiffahrts AG*; HvJ 26 september 1996, C-241/94 *Frankrijk t. Commissie*, punt 34; HvJ 17 juni 1999, C-295/97, *Industrie Aeronautique e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA*, punt 34; HvJ 22 november 2001, C-53/00 *Ferring SA*, punten 15-16. Zie ook de Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, *Pb.* 1998, C 384, punt 9 (ook al gaat het in het onderhavige geval om een indirecte belasting).

¹¹ HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, punt 40.

¹² Besluit van de Commissie van 8 maart 2011 betreffende de staatssteun in zaak C 24/09, *Pb.* 2011, L 235.

49. In de tweede plaats wordt de toekenning van voordelen aan ondernemingen die hoofdzakelijk stoffelijke goederen produceren, niet gerechtvaardigd door de aard of de opzet van het belastingstelsel dat bij het Strukturanpassungsgesetz van 1996 is ingevoerd.

50. Ondernemingen die diensten leveren, kunnen net als ondernemingen die stoffelijke goederen produceren, grote energieverbruikers zijn die meer dan 0,35 % van de nettoproductiewaarde aan energieheffingen moeten betalen, hetgeen ondernemingen die voornamelijk stoffelijke goederen produceren reeds recht op restitutie van energieheffingen verschaft.

51. De betrokken nationale regeling bevat niets waaruit blijkt dat het restitutiestelsel voor ondernemingen die hoofdzakelijk stoffelijke goederen produceren een louter tijdelijke maatregel is met het oog op een geleidelijke aanpassing aan het nieuwe stelsel omdat zij er naar verhouding zwaarder door worden getroffen, zoals de Oostenrijkse regering betoogt.

52. Bovendien rechtvaardigen de overwegingen van milieubescherming die aan de betrokken nationale regeling ten grondslag liggen, niet dat het gebruik van aardgas of elektriciteit door ondernemingen uit de dienstensector anders wordt behandeld dan het gebruik ervan door ondernemingen die stoffelijke goederen produceren. Het energieverbruik door beide sectoren is even schadelijk voor het milieu.

53. Het in de betrokken nationale regeling gehanteerde onderscheidingscriterium, hoewel objectief, is noch door de aard, noch door de opzet van deze regeling gerechtvaardigd, zodat het de betwiste maatregel niet het karakter van staatssteun kan ontnemen.

54. Overigens blijkt, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, uit de toelichting op het wetsontwerp dat tot de omstreden nationale regeling heeft geleid, dat de toekenning van gunstige voorwaarden aan ondernemingen die stoffelijke goederen produceren, was bedoeld om hun concurrentievermogen, met name binnen de Gemeenschap, te waarborgen.¹³

Evenzeer kan worden betwijfeld dat de voorgenomen steunmaatregel niet-selectief zou zijn. De doelgroep van de maatregel zijn immers energie-intensieve bedrijven, waarbij het voordeel bovendien sterk toeneemt voor de grootste energiegebruikers. In het bijzonder de plafonnering biedt een beperkte groep erg energie-intensieve bedrijven een significant voordeel waarvan men bezwaarlijk kan aannemen dat het niet intentioneel zou zijn.

De Raad van State concludeert dan ook dat het voorliggende ontwerpbesluit wel degelijk strekt tot de tenuitvoerlegging van een regeling die alle kenmerken heeft van staatssteun en die als dusdanig overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Het ontworpen besluit kan geen doorgang vinden zolang de Europese Commissie zich niet definitief over de regeling heeft uitgesproken. Deze aanmelding sluit uiteraard niet uit dat de Europese Commissie de voorgenomen regeling uiteindelijk niet als een staatssteunregeling aanmerkt, of dat zij de regeling verenigbaar verklaart met de interne markt op basis van artikel 107, lid 3, VWEU. Die laatste beoordeling komt echter enkel aan de Europese Commissie toe,¹⁴ en impliceert dat de steun vooraf werd aangemeld.

¹³ HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, punten 48-54.

¹⁴ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 52.

7. Ten slotte wenst de Raad van State de adviesaanvrager alvast te wijzen op het gegeven dat het onderhavige ontwerp niet is afgestemd op het nieuwe wettelijke kader zoals dat werd ingevoerd bij de programmawet van 28 juni 2013. Het spreekt vanzelf dat deze tekortkoming zal moeten worden verholpen met het oog op het later onderzoek ten gronde van het ontworpen besluit door de Raad van State.

*

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« Gelet op de hoogdringendheid, gemotiveerd door de inwerkingtreding op 1 juli 2013 van artikel 115 van de programmawet van 27 juni 2013, dat een mechanisme van degressiviteit en plafonnering invoert voor de zogenaamde 'offshore-toeslag' via een aanvulling van artikel 7, § 1 van de wet van 29 april 1999, en eveneens gemotiveerd door het feit dat onderhavig koninklijk besluit de nadere regels voor dit mechanisme van degressiviteit en plafonnering vastlegt en dat alle betrokken marktpartijen, zowel de consumenten, de netbeheerders, de commissie als de leveranciers, binnen de kortst mogelijke termijn dienen te kunnen beschikken over de nodige informatie en richtlijnen teneinde het gewijzigde artikel 7 §1 van de wet van 29 april 1999 te kunnen uitvoeren en respecteren, zou de Regering de Raad van State dankbaar zijn, mocht het advies worden verstrekt binnen de termijn bepaald bij artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ».

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE DU PROJET

3. La loi-programme du 28 juin 2013 a complété l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' par une série de dispositions ayant pour objet de calculer désormais la surcharge tarifaire, visée à l'alinéa 2 de cette disposition, sur la base de l'électricité nette et de réaliser la dégressivité de surcharge ainsi que son plafonnement, à l'instar de la limitation de la cotisation fédérale sur l'électricité¹. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

L'arrêté en projet vise à apporter les modifications nécessaires à 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', en exécution de la disposition légale précitée. L'arrêté envisagé rétroagit au 1^{er} juillet 2013, à savoir la date à laquelle la modification législative est entrée en vigueur.

¹ Comparez avec l'article 21bis, § 2, de la même loi.

RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

4. L'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 confère au Roi, « sur proposition de la commission » (la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, ci-après CREG), le pouvoir de prendre des mesures par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Comme le Conseil d'État l'a déjà observé dans l'avis 53.320/3 du 15 mai 2013 sur une version précédente du présent projet d'arrêté², celui-ci doit par conséquent être précédé d'une proposition rédigée par la CREG. En outre, cette proposition doit pouvoir être formulée à la lumière de la législation telle qu'elle s'applique à l'arrêté envisagé et non pas dans l'attente d'un projet de loi visant à adapter cette législation.

Après l'avis précité, la modification législative a été concrétisée (voir l'observation 3) et, le 4 juillet 2013, la CREG a pu formuler une proposition au regard de la nouvelle législation, actuellement pertinente. On peut dès lors admettre que l'exigence selon laquelle l'arrêté en projet doit être basé sur une proposition émanant de la CREG, est présentement remplie.

5. Le secrétaire d'État qui a l'Énergie dans ses attributions n'a pas reproduit la proposition de la CREG. Le texte du projet d'arrêté, actuellement soumis pour avis, est une version quasi inchangée du projet qui a déjà été soumis antérieurement à l'avis du Conseil d'État. Toutefois, il ne résulte pas de la disposition légale précitée que la proposition de la CREG lierait le Roi de quelque manière que ce soit. Il n'existe dès lors aucune objection juridique à ce que le secrétaire d'État, après avoir pris connaissance de la proposition de la CREG, estime que la préférence doit être donnée à une autre version, même si celle-ci s'avère être la version qu'il avait déjà préparée initialement³.

Il n'en reste pas moins toutefois que l'arrêté en projet doit être délibéré en Conseil des ministres, conformément à la disposition légale précitée. Cette délibération collégiale prescrite en Conseil des ministres ne peut pas être assimilée à une « formalité préalable » au sens de l'article 84, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il a été remplacé par la loi du 2 avril 2003⁴. Cette délibération est en effet destinée à permettre aux membres du gouvernement d'échanger leur point de vue sur un projet d'arrêté qui leur est soumis et de collaborer à sa rédaction. Ce n'est qu'une fois un consensus acquis qu'un projet d'arrêté royal peut être considéré comme en état d'être soumis à la section de législation du Conseil d'État, pour avis. Dès lors, il ne revient pas à un ministre ou secrétaire d'État de solliciter cet avis avant que ce projet d'arrêté royal ait été délibéré en Conseil des ministres et, le cas échéant, adapté à la suite de cette délibération.

² Voir l'avis C.E. 53.319/3 et 53.320/3 du 15 mai 2013 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' (53.319/3) et sur un projet d'arrêté royal 'modifiant 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' (53.320/3).

³ Il faut néanmoins observer que cette version n'est pas adaptée à l'état actuel de la législation, dès lors que la modification législative mentionnée au point 3 n'a pas été prise en considération. Voir à cet égard également l'observation 7.

⁴ L'alinéa 2 de cette disposition prescrit : « Lorsque l'avis est demandé dans un délai visé au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o ou 2^o, il est donné nonobstant l'inaccomplissement éventuel des formalités prescrites ».

En l'espèce, il apparaît que le Conseil des ministres a certes délibéré le 3 mai 2013 sur un projet d'arrêté qui a par la suite été soumis au Conseil d'État, mais à propos duquel ce dernier, dans l'avis précité 53.320/3, a ensuite constaté que la CREG devait d'abord rédiger une proposition à la lumière de la législation pertinente (voir l'observation 4). Par conséquent, le Conseil des ministres n'a pas eu l'occasion de prendre connaissance de la proposition de la CREG du 4 juillet 2013, pas plus que des motifs qui ont amené le secrétaire d'État qui a l'Énergie dans ses attributions à donner la préférence à une autre version que celle de cette proposition. Ce n'est que lorsque ces formalités auront été accomplies et que le Conseil des ministres aura acquis un consensus à ce sujet que le projet pourra être soumis, de manière recevable, à l'avis du Conseil d'État.

Il en résulte que la demande d'avis est prématurée et, dès lors, irrecevable.

6.1. Nonobstant l'irrecevabilité de la demande d'avis, le Conseil d'État estime en tout cas devoir rappeler les observations qu'il a formulées dans l'avis 53.374/3⁵ sur le projet devenu la modification législative mentionnée au point 3, en ce qui concerne la notification de la réglementation en projet à la Commission européenne :

« 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 bénéfici[e]nt 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 ».

Les commentaires de la proposition formulée le 4 juillet 2013 par la CREG précisent également que le régime d'aide envisagé doit être notifié :

« La justification de l'amendement au projet de loi-programme n'en fait pas mystère: l'objectif de la mesure envisagée est de limiter le poids de la surcharge offshore pour les gros consommateurs industriels – à l'heure actuelle, les grands utilisateurs industriels raccordés au réseau Elia portent un coût de 4 EUR/MWh pour le support des énergies renouvelables, mais la baisse des prix sur le marché Endex est supérieur à 4 EUR/MWh, en raison de l'injection massive d'énergie renouvelable et du couplage des marchés. En d'autres termes, elle représente une mesure visant à avantager ces entreprises et pourrait donc constituer une aide d'État prohibée, en vertu de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, le 'TFUE').

Le régime d'aide aux gros consommateurs industriels présente de larges similitudes avec un régime d'aide autrichien que la Commission européenne a considéré

⁵ Avis C.E. 53.374/3 du 7 juin 2013 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'.

comme étant contraire au droit de l'Union européenne⁶. Le régime en question consistait en une exemption des entreprises à forte intensité énergétique, de coûts supplémentaires liés à l'obligation légale d'achat d'électricité verte. Dans sa décision, la Commission européenne a constaté que la mesure entraînait une perte de ressources d'État procurant un avantage sélectif aux entreprises à forte intensité énergétique et qu'elle était dès lors susceptible d'avoir une incidence négative sur les échanges entre les États membres et de fausser le jeu de la concurrence (§ 113).

S'agissant en particulier du caractère sélectif de l'aide, la Commission a relevé que la mesure considérée s'appliquait en pratique en priorité à un nombre limité d'entreprises produisant certains biens nécessitant une grande consommation d'énergie, et que le mécanisme d'exemption ne s'inscrivait pas dans l'économie générale du système, à savoir la promotion des sources d'énergie renouvelables.

S'agissant de la distorsion de concurrence, la Commission a constaté que les bénéficiaires de la mesure – à savoir des producteurs de biens requérant une grande consommation d'énergie – étaient en concurrence avec des entreprises d'autres États membres, de sorte que la mesure pouvait fausser la concurrence et porter préjudice aux échanges sur le marché intérieur.

À première vue, les constatations de la Commission européenne dans l'affaire précitée sont transposables en l'espèce.

Certes, il convient de relever que, comme pour la cotisation fédérale, le régime de dégressivité et de plafonnement n'est applicable qu'aux entreprises ayant conclu un accord de branche ou [convenant], ce qui semble permettre de justifier l'aide au regard des Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement⁷. Toutefois, alors qu'il s'agit pour la cotisation fédérale d'une exonération s'inscrivant dans le cadre de la protection de l'environnement, la CREG constate qu'en l'espèce, la mesure d'exonération s'inscrit au contraire à l'encontre d'un régime de soutien aux énergies renouvelables, donc de protection de l'environnement.

En outre, il faut mentionner que la conclusion d'un accord de branche ou convenant n'est pas possible en région de Bruxelles-Capitale, cette région n'ayant pas introduit ce type de mesure dans sa législation. Certes, tel qu'il est rédigé, l'article 7, § 1^{er}, de la Loi électricité n'empêche pas les entreprises établies en Région de Bruxelles-Capitale de bénéficier de la mesure, puisqu'il est prévu que la mesure vaut pour tous les clients finals 'sauf ceux qui n'ont pas souscrit aux accords de branche ou convenant auxquels ils peuvent souscrire'; la conclusion de tels accords étant impossible en Région de Bruxelles-Capitale, les entreprises qui y sont établi[es] bénéficieront donc automatiquement des diminutions de surcharge. L'objectif de protection de l'environnement n'est donc pas clairement établi. Le projet est en outre discriminatoire à cet égard.

Enfin, la mesure d'aide envisagée ayant une durée de vie *a priori* limitée (du 1^{er} juillet 2013 au 31 décembre 2013), et les montants exonérés étant de ce fait de relativement faible importance, on pourrait tenter de la justifier au regard de la réglementation européenne en matière d'aides *de minimis*⁸. Il s'avère toutefois, d'après

⁶ Note 3 du commentaire cité de la proposition de la CREG: Décision de la Commission du 8 mars 2011 concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09, *Journal Officiel de l'Union européenne*, 10 septembre 2011, L 235/42.

⁷ Note 4 du commentaire cité de la proposition de la CREG : *Journal Officiel de l'Union européenne*, 1^{er} avril 2008, C 82/1.

⁸ Note 5 du commentaire cité de la proposition de la CREG: Règlement (CE) n° 1198/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis, *Journal Officiel de l'Union européenne*, 28 décembre 2006, L 379/5.

les projections effectuées par la CREG, que l'aide accordée à certaines entreprises dans le cadre du régime envisagé dépassera le plafond autorisé par cette réglementation – à savoir 200.000 €.

Même si la CREG n'est pas en mesure de trancher de manière définitive la légalité du régime de dégressivité et de plafonnement instauré par la loi-programme du 28 juin 2013, au regard de la réglementation européenne en matière d'aides d'État, elle croit néanmoins utile de souligner qu'à tout le moins, une notification du mécanisme à la Commission européenne semble s'imposer ».

6.2. Le délégué a déclaré à cet égard ce qui suit :

« De Staatssecretaris is hier om verschillende redenen, na advies en raadpleging van de administratie, van mening dat het hier geen maatregel van staatssteun betreft, en dat er dus geen aanmelding nodig is:

1) De eigenlijke steunmaatregel betreft de offshore. Hier gaat het om de financiering daarvan.

2) Eerst en vooral gaat het hier om exact dezelfde maatregel als dewelke reeds sinds de wet houdende diverse bepalingen van 20 juli 2005 (artikel 63) bestaat voor de federale bijdrage. Toentertijd maakte de Raad van State (advies 38.097/1, oorspronkelijk uitgebracht op een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999) hierover geen enkele opmerking voor wat betreft het aspect staatssteun of aanmelding aan de Europese Commissie. Wij baseren ons hier dus op reeds geldende wetgeving om een werkbare en duidelijke maatregel op te stellen. Ook de Europese Commissie maakte nooit een opmerking, hoewel dergelijke systemen voor België zowel als voor de buurlanden al verschillende jaren bestaan.

3) Dit is niet verwonderlijk: wij zijn van mening dat het hier aan de basis gaat om het diversifiëren van een bepaalde belasting, in casu de offshore toeslag. Progressieve (of degressieve) aanslagvoeten en plafonneringen zijn gebruikelijk, zowel voor indirecte (hogere BTW op luxeproducten) als voor directe belastingen (progressieve inkomensbelasting, plafond op de roerende voorheffing). Er is ons inziens geen enkele reden om aan te nemen dat hetzelfde niet zou gelden voor de parafiscaliteit, zoals de offshore toeslag.

4) De doelgroep is geen specifieke groep ondernemingen, maar wel alle gebruikers boven 20 MWh/jaar. Men kan dus niet spreken van discriminatie, evenmin als dat het geval is voor de degressiviteit en plafonnering van de federale bijdrage ».

Les arguments avancés par le délégué ne sont pas convaincants. Tout d'abord, le régime actuellement en projet finance le soutien de la production d'énergie offshore partiellement au moyen de fonds publics, l'autorité prenant dorénavant à sa charge une partie de la surcharge tarifaire qui vise à financer les certificats de garantie d'origine et les 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 juridiction⁹. En outre, la dégressivité et le plafonnement de

⁹ C'est pourquoi le Conseil d'État a relevé, dans l'avis 53.374/3 précité, sur la modification en projet de l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999, que non seulement la dégressivité et le plafonnement, comme il est souligné ci-après, doivent être considérés comme des formes d'aides d'État au sens de l'article 107 du TFUE, mais que l'ensemble du système de soutien de la production d'énergie offshore, au regard de l'arrêt *PreussenElektra AG* de la Cour de Justice, présente dorénavant les caractéristiques d'une aide d'État et doit dès lors également être notifié dans son ensemble (voir l'avis C.E. 53.374/3 du 7 juin 2013 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', point 5.2, avec référence à la C.J.U.E., 13 mars 2001, affaire C-379/98, *PreussenElektra AG*).

la surcharge tarifaire aboutissent à ce que, pour préserver leur compétitivité, des entreprises à forte intensité énergétique obtiennent une diminution des charges parafiscales, comme la surcharge tarifaire, dont elles sont normalement redevables. Pareil allègement de charges parafiscales constitue une mesure distincte d'aide d'État ¹⁰. La Cour de Justice a déjà jugé que la fourniture d'énergie à des conditions préférentielles à des entreprises productrices de biens corporels peut être considérée comme une mesure d'aide d'État ¹¹.

Par ailleurs, le fait que le Conseil d'état ou la Commission européenne ont considéré par le passé des mesures similaires comme des aides d'État n'est pas déterminant pour apprécier si une mesure doit être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. Indépendamment du fait que tant l'ampleur que l'objectif de la cotisation fédérale sont différents, de sorte que l'on ne peut en tout cas en tirer des conclusions, la circonstance que la Commission européenne a accepté des systèmes similaires à l'étranger n'est pas non plus décisive. Au demeurant, la CREG, dans les commentaires de sa proposition, relève des similitudes avec un régime autrichien que la Commission européenne a effectivement considéré comme contraire au droit de l'Union européenne ¹².

Si la progressivité de l'imposition – ou plutôt la dégressivité en faveur de grandes entreprises – peut influencer la qualification d'aide d'État, il n'en demeure pas moins que la Cour de Justice, dans l'arrêt *Adria-Wien Pipeline* précité, a réfuté précisément l'argument que « la nature ou l'économie générale du système d'imposition » justifierait l'octroi d'avantages à certaines entreprises :

« 48. Il convient de rappeler en premier lieu que ni le nombre élevé d'entreprises bénéficiaires ni la diversité et l'importance des secteurs auxquels ces entreprises appartiennent ne permettent de considérer une initiative étatique comme une mesure générale de politique économique (voir, en ce sens, arrêt Belgique/ Commission, précité, point 32).

49. En second lieu, l'octroi d'avantages aux entreprises dont l'activité principale est la fabrication de biens corporels ne trouve pas de justification dans la nature ou l'économie générale du système d'imposition instauré en vertu du *Strukturanpassungsgesetz* de 1996.

50. En effet, d'une part, des entreprises fournisseuses de services peuvent, à l'instar d'entreprises productrices de biens corporels, être de grosses consommatrices d'énergie et exposer des taxes sur l'énergie supérieures à 0,35 % de la valeur nette de leur production, ce qui suffit à ouvrir le droit au remboursement des taxes sur l'énergie pour les entreprises produisant principalement des biens corporels.

51. À cet égard, rien dans la législation nationale en cause au principal ne permet d'analyser le régime de remboursement réservé aux entreprises produisant principalement des biens corporels comme une mesure purement temporaire permettant leur adaptation

¹⁰ C.J.U.E., 23 février 1961, C-30/59, *Gezamelijke Steenkoolmijnen in Limburg*; C.J.U.E., 17 mars 1993, C-72/91 et C-73/91 *Sloman Neptun Schiffahrts AG*; C.J.U.E., 26 septembre 1996, C-241/94 *France c. Commission*, point 34; C.J.U.E., 17 juin 1999, C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA*, point 34; C.J.U.E., 22 novembre 2001, C-53/00 *Ferring SA*, points 15-16. Voir également la Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.U.E.*, 1998, C 384, point 9 (même s'il s'agit dans le cas présent d'un impôt indirect).

¹¹ C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, point 40.

¹² Décision de la Commission du 8 mars 2011 concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09, *J.O.U.E.*, 2011, L 235.

progressive au nouveau régime, en raison du fait qu'elles seraient proportionnellement plus touchées par celui-ci, ainsi que le soutient le gouvernement autrichien.

52. D'autre part, les considérations d'ordre écologique à la base de la législation nationale en cause au principal ne justifient pas que l'utilisation de gaz naturel ou d'énergie électrique par le secteur des entreprises fournisseuses de services soit traitée différemment de l'utilisation de ces énergies par le secteur des entreprises productrices de biens corporels. La consommation d'énergie par chacun de ces secteurs est aussi dommageable pour l'environnement.

53. Des considérations qui précèdent, il découle que, bien qu'objectif, le critère de distinction utilisé par la législation nationale en cause au principal ne se justifie ni par la nature ni par l'économie générale de celle-ci, en sorte qu'il ne saurait enlever à la mesure litigieuse son caractère d'aide d'État.

54. Au demeurant, comme l'a relevé à juste titre la Commission, il ressort de l'exposé des motifs du projet ayant abouti à la législation nationale en cause au principal que l'octroi de conditions avantageuses au secteur des entreprises productrices de biens corporels était destiné à préserver sa compétitivité, notamment à l'intérieur de la Communauté »¹³.

Il est tout autant permis de douter que la mesure d'aide envisagée serait non sélective. En effet, les entreprises grosses consommatrices d'énergie constituent le groupe cible de la mesure, dont l'avantage augmente en outre fortement pour les plus grands consommateurs d'énergie. En particulier, le plafonnement offre à un groupe limité d'entreprises très grosses consommatrices d'énergie un avantage significatif dont on peut difficilement admettre qu'il ne serait pas intentionnel.

Le Conseil d'État conclut dès lors que le projet d'arrêté à l'examen vise bel et bien à mettre en œuvre un régime présentant toutes les caractéristiques de l'aide d'État qui doit être notifié en tant que tel à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. L'arrêté en projet ne peut se concrétiser aussi longtemps que la Commission européenne n'aura pas statué définitivement sur le régime. Certes, cette notification n'exclut pas qu'en définitive, la Commission européenne ne qualifie pas le régime envisagé de régime d'aides d'État ou qu'elle le déclare compatible avec le marché intérieur, sur la base de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE. Toutefois, cette dernière appréciation relève de la compétence exclusive de la Commission européenne¹⁴ et implique que l'aide a été préalablement notifiée.

¹³ C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, points 48-54.

¹⁴ C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-119/05, *Lucchini*, point 52.

7. Enfin, le Conseil d'État souhaite déjà attirer l'attention du demandeur d'avis sur le fait que le présent projet ne s'harmonise pas avec le nouveau cadre légal tel qu'il a été instauré par la loi-programme du 28 juin 2013. Il va de soi qu'il faudra remédier à ce manquement en vue de l'examen au fond ultérieur de l'arrêté en projet par le Conseil d'État.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan CLEMENT