



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.454/3
van 22 juni 2016

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
11 april 2003 betreffende de
voorzieningen aangelegd voor
de ontmanteling van de
kerncentrales en voor het
beheer van splijtstoffen
bestraald in deze centrales en
van de wet van 29 april 1999
betreffende de organisatie van
de elektriciteitsmarkt’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 59.454/3
du 22 juin 2016

sur

un avant-projet de loi ‘portant
modifications de la loi du
11 avril 2003 sur les provisions
constituées pour le
démantèlement des centrales
nucléaires et pour la gestion
des matières fissiles irradiées
dans ces centrales et de la loi
du 29 avril 1999 relative à
l'organisation du marché de
l'électricité’

Op 23 mei 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 11 april 2003 betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze centrales en van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 juni 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, 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 22 juni 2016.

*

Le 23 mai 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘portant modifications de la loi du 11 avril 2003 sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales et 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 14 juin 2016. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Johan PUT et Bruno PEETERS, assesseurs, 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 22 juin 2016.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het vestigen van een repartitiebijdrage ten laste van de kernexploitanten en van de vennootschappen die een aandeel hebben in de industriële productie van elektriciteit door splijting van kernbrandstoffen.¹

Voor 2016 gaat het om een *ad hoc* repartitiebijdrage op basis van de energieopwekking in de kerncentrales in 2015, terwijl voor de periode 2017 tot 2026 wordt voorzien in een permanent mechanisme voor de berekening van de repartitiebijdrage. De ontworpen regeling beantwoordt aan de beginselen die ter zake zijn uitgewerkt in een van de bijlagen bij de overeenkomst van 30 november 2015 tussen de Minister van Energie en de exploitant van de kerncentrales Doel 1 en Doel 2, alhoewel de kerncentrales (Doel 1 en 2 en Tihange 1) waarvan de desactivering tien jaar is verdaagd bij de wet van 28 juni 2015,² zijn uitgesloten van de regeling.

VORMVEREISTEN

2. Het ontworpen nieuwe veertiende lid van artikel 14, § 8, van de wet van 11 april 2003 ‘betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze centrales’ (artikel 3, 1°, van het ontwerp) sluit de kerncentrales Tihange 1, Doel 1 en Doel 2 uit van het toepassingsgebied van de repartitiebijdrage, met als argument dat zij onder de bijzondere heffing vallen waarin is voorzien bij de artikelen 4/1 en 4/2 van de wet van 31 januari 2003 ‘houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie’.

In dat opzicht zou de ontworpen regeling als steunmaatregel in de zin van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) gekwalificeerd kunnen worden, in welk geval ze voorafgaand moet worden aangemeld bij de Europese Commissie, die over de verenigbaarheid ervan met de interne markt dient te oordelen vooraleer ze ten uitvoer kan worden gebracht.

2.1. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft artikel 107 van het VWEU tot doel te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen.³ Derhalve dienen de belastingvrijstellingen die in dit ontwerp aan de orde zijn, te worden getoetst aan de voorwaarden waaronder ingevolge artikel 107, lid 1, van het VWEU een

¹ Sinds 2008 heft de Belgische Staat een dergelijke repartitiebijdrage. Tot nog toe gebeurde dat op basis van een regeling die telkens voor een bepaald jaar werd aangenomen. Zie artikel 14, § 8, van de wet van 11 april 2003 ‘betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze kerncentrales’.

² Wet van 28 juni 2015 ‘tot wijziging van de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie met het oog op het verzekeren van de bevoorradingszekerheid op het gebied van energie’.

³ HvJ 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide*, punten 27-28. Zie bijvoorbeeld ook: HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*; HvJ 22 december 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association v. Commissie*.

ationale maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt, te weten 1) de financiering van die maatregel door de staat of met staatsmiddelen, 2) het bestaan van een voordeel voor een onderneming, 3) de selectiviteit van die maatregel en 4) de invloed ervan op het handelsverkeer tussen de lidstaten en de daaruit voortvloeiende vervalsing van de mededinging.

2.1.1. Met betrekking tot de eerste en de tweede voorwaarde zij eraan herinnerd dat het begrip ‘steun’ een meer algemene strekking heeft dan het begrip ‘subsidie’, daar het niet alleen positieve prestaties zoals de subsidie zelf omvat, maar ook overheidsmaatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van dezelfde aard zijn en identieke gevolgen hebben.⁴ Een maatregel waarbij de overheid aan bepaalde ondernemingen een belastingvrijstelling verleent die, hoewel geen staatsmiddelen worden overgedragen, de financiële situatie van de begunstigten verbetert ten opzichte van de andere belastingplichtigen, is bijgevolg als een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 107, lid 1, van het VWEU aan te merken.⁵

In het voorliggende geval moet worden vastgesteld dat voor 2016 een *ad hoc* repartitiebijdrage wordt ingevoerd die verschuldigd is door de kernexploitanten en bepaalde vennootschappen, maar dat daarvan drie kerncentrales worden uitgezonderd. Hoewel het bedrag van de repartitiebijdrage forfaitair wordt vastgesteld, wordt daarbij niettemin de vermoedelijke winstmarge op de industriële elektriciteitsproductie uit de splijting van kernbrandstoffen in 2015 als uitgangspunt genomen, met uitsluiting van de bijdragen van de drie centrales in kwestie. Die centrales bevinden zich nochtans in een vergelijkbare situatie in die zin dat ze eveneens instaan voor de commerciële activiteit van industriële elektriciteitsproductie uit de splijting van kernbrandstoffen. De toepassing van de formules die naar wordt beweerd aan de vaststelling van het bedrag ten grondslag liggen, zouden een significant hoger bedrag opleveren indien die centrales wel in rekening werden gebracht. Vanuit dat standpunt bekeken, vormt het verschil bijgevolg een voordeel, uit staatsmiddelen bekostigd, voor de betrokken ondernemingen.

Dezelfde problemen rijzen *a fortiori* met betrekking tot het mechanisme voor de repartitiebijdrage voor de jaren 2017 tot 2026, die de afdeling Wetgeving nog niet in rekening kon brengen in haar adviezen over de verlenging van de kerncentrales van Tihange 1 en Doel 1 en 2, aangezien pas bij dit ontwerp een voorspelbare, op publieke parameters gebaseerde, recurrente repartitiebijdrage wordt ingesteld.

⁴ HvJ 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide*, punt 29, met verwijzing naar HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, punt 38, HvJ 15 juli 2004, C-501/00, *Spanje v. Commissie*, punt 90, en HvJ 15 december 2005, C-66/02, *Italië v. Commissie*, punt 77.

⁵ HvJ 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide*, punt 30, met verwijzing naar HvJ 15 maart 1994, C-387/92, *Banco Exterior de España*, punt 14, en HvJ 10 januari 2006, zaak C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, punt 132.

Naar het zich laat aanzien ziet de wetgever met de uitsluiting gedurende tien jaar van Tihange 1, Doel 1 en Doel 2, af van tientallen miljoenen euro per jaar.⁶

Aan de gemachtigde is gevraagd voor te rekenen wat de omvang is van de bijdrage waaraan wordt verzaakt. Daarop is echter geen duidelijk antwoord gekomen:

“Le mécanisme de la contribution de répartition a été revu pour tenir compte de la réduction de 7 à 4 du nombre de centrales prises en compte, et s’aligner avec la réalité économique, caractérisée par de plus faibles bénéfices issus de l’activité de production d’électricité nucléaire ; voir à ce sujet l’étude CREG du 12 mars 2015⁷, l’évolution des prix de l’électricité sur les marchés de gros⁸, et pour plus de détails, les réponses aux questions 14 à 16 formulées par la Commission Européenne⁹.”

Het argument van de dalende energieprij is overigens een tweesnijdend zwaard. Bij een normale marktwerking is een dalende prijs een aanzet tot innovatie en rationalisatie waarbij de minst efficiënte producenten uit de markt verdwijnen. De overeenkomst tussen de exploitanten en de overheid waarvan dit ontwerp een van de uitvoeringen vormt, heeft echter tot gevolg dat er investeringen gebeuren in de oudste kerncentrales die anders wellicht niet zouden plaatsvinden. Op die manier wordt een significant bijkomend aanbod gecreëerd dat de daling van de prijzen in de hand werkt. Zo de dalende prijzen de omvang van het steunbedrag doen dalen, versterkt dit argument echter de aanwijzing dat de betrokken maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.

2.1.2. Wat de derde voorwaarde betreft, te weten de selectiviteit van de maatregelen, is duidelijk dat deze belastingvoordelen niet voor alle marktdeelnemers gelden, nu enkel aan de exploitanten van drie kerncentrales een vrijstelling wordt verleend. Wat de beoordeling van de selectiviteitsvoorwaarde betreft, blijkt uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat ingevolge artikel 107, lid 1, van het VWEU moet worden vastgesteld of een nationale maatregel binnen het kader van een welbepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen of bepaalde producties kan begunstigen ten opzichte van andere die zich, gelet op de doelstelling van de betrokken regeling, in een (feitelijk en juridisch) vergelijkbare situatie bevinden.¹⁰ Onder die

⁶ Het vermogen van de vier aan de repartitiebijdrage onderworpen centrales bedraagt 4093 megawatt (MW): 1006 MW (Doel 3) + 1033 MW (Doel 4) + 1008 MW (Tihange 2) + 1046 MW (Tihange 3). Het vermogen van de andere centrales bedraagt 1828 MW: 433 MW (Doel 1) + 433 MW (Doel 2) + 962 MW (Tihange 1). Dat betekent dat indien de heffing over alle centrales zou worden berekend het startpunt voor de berekening zowat 44% hoger zou moeten liggen.

⁷ *Noot van de gemachtigde*: Voir à ce sujet l’étude de la CREG F150312-CDC-1407 du 12 mars 2015 relative à « une mise à jour de la structure de coûts de la production d’électricité par les centrales nucléaires en Belgique, de l’évaluation économique de la production nucléaire d’électricité ainsi que d’une estimation des bénéfices tirés de ces activités » (<http://www.creg.info/pdf/Etudes/F1407FR.pdf>) dans lequel le bénéfice nucléaire a été estimé par la CREG à 434 MEUR pour 2014.

⁸ *Noot van de gemachtigde*: Voir également la Figure 1 plus bas dans le texte, et l’évolution décroissante des prix de l’électricité sur les marchés de gros.

⁹ *Noot van de gemachtigde*: Les réponses apportées aux questions de la Commission Européenne ont été rendues intégralement publiques et annexées à : doc. La Chambre, 54K1511/007, pages 65 et suivantes, annexe, « Prolongation de la durée d’exploitation des centrales nucléaires – liste de questions » (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1511/54K1511007.pdf>).

¹⁰ HvJ 4 juni 2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, punt 74, met verwijzing naar HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, punt 41, HvJ 22 december 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association v.*

omstandigheden kan weliswaar worden verklaard waarom de repartitiebijdrage rust op de kernexploitanten en op bepaalde vennootschappen en niet op andere elektriciteitsproducenten, maar kan niet worden verantwoord waarom er een onderscheid wordt gemaakt tussen de belastingschuldigen. Het betrokken ontwerp beoordeelt derhalve onmiskenbaar “bepaalde producties”.

Het argument dat de kerncentrales Tihange 1, Doel 1 en Doel 2 in een bijzondere situatie verkeren gelet op het gegeven dat ze onderworpen zijn aan de bijzondere bijdragen bedoeld in de artikelen 4/1 en 4/2 van de wet van 31 januari 2003, ontkracht niet dat de regeling inzake de repartitiebijdrage selectieve staatssteun kan vormen.

Om uit te maken of de betrokken maatregel een selectieve maatregel is, dient weliswaar

“te worden onderzocht of hij binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling een voordeel verschaft aan bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. De afbakening van het referentiekader is nog belangrijker bij belastingmaatregelen, daar het bestaan van een voordeel slechts ten opzichte van een ‘normale’ belasting kan worden vastgesteld.”¹¹

Volgens het Hof van Justitie “ziet het begrip ‘staatssteun’ niet op overheidsmaatregelen die tussen ondernemingen differentiëren, en derhalve *a priori* selectief zijn, wanneer deze differentiatie het gevolg is van de aard en de opzet van het lastenstelsel waarbinnen zij plaatsvinden”.¹²

De lidstaat die met betrekking tot de verdeling van de lasten een dergelijk onderscheid tussen ondernemingen (of in dit geval, producties) heeft gemaakt, dient echter te bewijzen dat dit onderscheid daadwerkelijk gerechtvaardigd is door de aard en het opzet van het betrokken stelsel.¹³ In het geval van de regeling voor de drie betrokken kerncentrales lijkt dat niet het geval.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de opbrengst van de bijzondere bijdrage vermeld in artikel 4/1 van de wet van 31 januari 2003 tot nu toe blijkbaar ongeveer nul euro bedraagt.¹⁴ Onder die omstandigheden kan niet in ernst worden volgehouden dat de kerncentrale van Tihange 1 aan een gelijkwaardige heffing zou zijn onderworpen.

Commissie, punt 82, en HvJ 15 november 2011, C-106/09 P en C-107/09 P, *Commissie en Spanje v. Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, punt 75.

¹¹ HvJ 6 september 2006, zaak C-88/03 *Portugal/Commissie*, punt 56.

¹² HvJ 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P *Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, punt 145, onder verwijzing naar HvJ 8 november 2001, zaak C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, punt 42; HvJ 6 september 2006, zaak C-88/03 *Portugal/Commissie*, punt 52, en HvJ 22 december 2008, zaak C-487/06 P *British Aggregates Association/Commissie*, punt 83.

¹³ HvJ 15 november 2011, C-106/09 P en C-107/09 P, *Commissie en Spanje v. Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, punt 146, met verwijzing naar arrest HvJ 29 april 2004, C-159/01, *Nederland v. Commissie*, punt 43, en HvJ 8 september 2001, C-279/08 P, *Commissie v. Nederland*, punt 77.

¹⁴ *Parl.St.* Kamer, nr. 54-1511/004, 18, 20, 25, 32, 57 en 59, en nr. 54-1511/007, 102.

In de tweede plaats heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, al in de adviezen over de ontwerpen waarbij het bedrag in artikel 4/2 voor de kerncentrales van Doel 1 en 2 samen op 20 miljoen euro wordt vastgesteld,¹⁵ gesteld dat dit bedrag – dat alle andere heffingen en bijdragen moet vervangen – moest kunnen worden verantwoord in het licht van het fiscale gelijkheidsbeginsel.¹⁶ Belastingvoordelen die daaraan niet voldoen, lopen het gevaar in een staatssteuncontext als selectief te worden aangemerkt. De Raad van State hield daarbij weliswaar onder meer de repartitiebijdrage in het achterhoofd, maar aangezien die heffing nog niet was ingevoerd voor 2016 (en de wetgever er nog steeds van kon afzien), kon die nog niet in rekening worden gebracht. Nu het voorliggende ontwerp ertoe strekt formeel voor 2016 een repartitiebijdrage in te voeren en voor de jaren 2017-2026 in een permanent mechanisme te voorzien, waarbij de kerncentrales van Doel 1 en Doel 2 buiten beschouwing worden gelaten, moet worden vastgesteld dat het bedrag van 20 miljoen euro in het licht van de uitgangspunten van de berekeningen die geleid hebben tot het bedrag in het ontworpen artikel 14, § 8, vijftiende lid, respectievelijk artikel 14, § 8, zeventiende lid, van de wet van 11 april 2003, onmogelijk evenwaardig kan zijn.

Ten slotte kan het verschil niet worden verantwoord door de kosten die zouden verbonden zijn aan de verlenging van de kerncentrales. In zekere zin maakt die link de regeling zelfs problematischer. Het impliceert immers dat de overheid op die manier investeringen in kerncentrales zou willen stimuleren, waarbij de hoogte van de steun echter niet wordt berekend op basis van de investeringskosten, maar op basis van de winstmarges van de betrokken centrales. Een dergelijke aanpak valt niet in te passen in welke vrijstellingsregeling dan ook, en moet bijgevolg worden aangemeld. Hooguit kan die doelstelling een element zijn bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt, maar die beoordeling komt exclusief de Europese Commissie toe en kan pas plaatsvinden nadat de steun bij de Commissie werd aangemeld of nadat de Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het VWEU zelf de in lid 2 van dat artikel vastgestelde formele onderzoeksprocedure heeft geopend ten aanzien van de niet-aangemelde steunmaatregel.¹⁷

Bijgevolg moet worden geoordeeld dat de steun selectief is.

¹⁵ Zie artikel 4/2, § 1, tweede lid, van de wet van 31 januari 2003, zoals gewijzigd bij de wet van 12 juni 2016 ‘tot wijziging van de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie, met het oog op de vaststelling van de jaarlijkse vergoeding verschuldigd voor de verlenging van de kerncentrales Doel 1 en Doel 2’.

¹⁶ Adv.RvS 58.448/3 van 16 november 2015 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie’, punten 7-9 (*Parl.St.* Kamer, nr. 54-1511/001, 15-18).

¹⁷ Waarbij echter moet worden opgemerkt dat de nationale rechter ook tijdens die formele onderzoeksprocedure gehouden is om alle noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde de consequenties te verbinden aan een eventuele niet-nakoming van de verplichting tot opschorting van de uitvoering van die maatregel. Daartoe kan de nationale rechterlijke instantie besluiten om de uitvoering van de betrokken maatregel op te schorten en de terugvordering van de reeds verrichte betalingen te gelasten. Zij kan ook besluiten om voorlopige maatregelen te gelasten teneinde enerzijds de belangen van de betrokken partijen te beschermen en anderzijds het nuttige effect van het besluit van de Commissie tot opening van de formele onderzoeksprocedure te verzekeren. Zie HvJ 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, punten 24-45.

2.1.3. Wat ten slotte de vierde voorwaarde betreft, te weten dat de betrokken maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, moet volgens het Hof van Justitie niet worden vastgesteld dat de toegekende steun de handel tussen lidstaten werkelijk beïnvloedt en de mededinging daadwerkelijk vervalst, maar hoeft alleen te worden onderzocht of de steunmaatregelen dit handelsverkeer ongunstig kunnen beïnvloeden en de mededinging kunnen vervalsen.¹⁸ Het toekennen van belangrijke belastingvoordelen voor het verlengen van de levensduur van de kerncentrales heeft belangrijke gevolgen voor de keuze van de in te zetten nucleaire productiemiddelen,¹⁹ voor de omvang van het aanbod aan elektriciteit en de hoogte van de prijs van elektriciteit, en dus van de rendabiliteit van investeringen in zowel nucleaire als alternatieve energiebronnen, en de noodzaak van invoer van elektriciteit uit andere lidstaten. Aan de vierde voorwaarde is dan ook voldaan.

2.2. De conclusie is dat de voorliggende maatregel staatssteun uitmaakt in de zin van artikel 107 van het VWEU, die niet onder een vrijstellingsregeling valt. Een dergelijke regeling kan slechts doorgang vinden nadat zij overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het VWEU werd aangemeld. Mede gelet op de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding, verdient het aanbeveling om de maatregel vooraf aan te melden met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU. Niet-aangemelde staatssteun is immers per se onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),²⁰ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,²¹ zonder dat de begunstigden van de steun zich op gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.²² De nationale rechter – in België ook het Grondwettelijk Hof –²³ is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.²⁴

¹⁸ HvJ 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide*, punten 33-34, met verwijzing naar HvJ 29 april 2004, C-372/97, *Italië v. Commissie*, punt 44, HvJ 15 december 2005, C-66/02, *Italië v. Commissie*, punt 111, en HvJ 15 december 2005, C-148/04, *Unicredito Italiano*, punt 54.

¹⁹ Vermits de repartitiebijdrage voor de jaren 2017 tot 2026 wordt bepaald op 38% van de winst die kerncentrales tijdens het voorgaande jaar hebben gerealiseerd, terwijl de jaarlijkse vergoeding voor inzonderheid Doel 1 en Doel 2 forfaitair wordt vastgesteld op 20 miljoen euro, lijken de wettelijke regelingen, gezamenlijk genomen, een *incentive* in te houden om in de eerste plaats gebruik te maken van de productiecapaciteit van Doel 1 en Doel 2. Een hogere productie van de eerstgenoemde kerncentrales resulteert immers normaal in een hogere winstmarge, en dus in een hogere repartitiebijdrage, terwijl de jaarlijkse vergoeding voor Doel 1 en Doel 2 normaal constant blijft.

²⁰ HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, punt 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, punt 30.

²¹ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61.

²² HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*. Zie ook: N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

²³ GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2.

²⁴ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4.

2.3.1. Desondanks argumenteert de gemachtigde dat de regeling onmogelijk staatssteun kan uitmaken:

“Les centrales nucléaires de Tihange 1, Doel 1 et Doel 2 sont soumises à une redevance pour la prolongation de leur durée de production jusqu'en 2025. Les centrales nucléaires Doel 3 et 4 et Tihange 2 et 3, non prolongées, sont soumises à une contribution de répartition nucléaire pour la période 2016 à 2026.

Ces différents dispositifs ne constituent in fine qu'une déclinaison du principe d'une taxation ad hoc du surprofit engendré par l'activité de production d'électricité nucléaire.

La révision de la contribution de répartition pour les centrales nucléaires non prolongées (Doel 3 et 4 et Tihange 2 et 3) ne comporte pas une aide d'Etat en faveur des exploitants et sociétés visées, notamment pour les raisons suivantes:

- (i) Eu égard à l'évolution du marché de l'électricité sur lequel il a été constaté une diminution significative des prix de gros, l'Etat belge s'est vu contraint d'adapter le calcul de la contribution pour l'avenir de manière à mieux l'aligner sur le niveau réel du surprofit qu'elle vise à capter et à éviter ainsi de s'exposer à des contestations judiciaires pour atteinte disproportionnée au droit de propriété des contribuables.
La réforme d'un impôt qui, dans le respect de sa finalité et de sa logique générale, adapte celui-ci à l'évolution des éléments factuels sous-jacents en vue d'éviter une charge fiscale excessive et de sécuriser les ressources budgétaires correspondantes de l'Etat contre un risque réel de contentieux, ne comporte ni un avantage pour les redevables ni une utilisation des ressources de l'Etat.
- (ii) Réduction de 7 à 4 du nombre de centrales prises en compte dans l'application de la contribution de répartition.
- (iii) La réforme ne favorise pas les producteurs nucléaires (soumis à l'application du principe d'une taxation ad hoc du surprofit engendré par l'activité de production d'électricité nucléaire) par rapport aux producteurs d'électricité non-nucléaire ou autres opérateurs actifs sur le marché de gros de l'électricité qui, eux, ne sont soumis à aucune mesure fiscale analogue à la contribution de répartition. Ceci ne constitue aucun avantage sélectif ni pour les producteurs nucléaires, ni pour les producteurs non-nucléaires, et donc, n'emporte entre eux aucune perturbation de concurrence au sens de l'article 107 du TFUE²⁵.

Il convient de souligner que les producteurs nucléaires restent pleinement soumis à tous les impôts de droit commun au même titre que les autres producteurs d'électricité (non nucléaire) et les contribuables en général.

En conséquence, la décision du législateur d'adapter cette taxation spécifique à la réalité économique n'est pas de nature à fausser la concurrence (voir les éléments de la réponse 1.a.). Les producteurs non nucléaires ne peuvent être désavantagés (et les producteurs nucléaires ne peuvent bénéficier d'aucun avantage sélectif) quand une imposition spécifique qui ne pèse absolument pas sur les producteurs non nucléaires, est adaptée dans ses modalités à la réalité économique.

²⁵ Voir notamment Cour Constitutionnelle : Arrêt n° 106/2014 du 17 juillet 2014 (<http://www.const-court.be/public/f/2014/2014-106f.pdf>)

La Commission Européenne a été informée par le Gouvernement concernant les détails de la prolongation de la durée de production de Doel 1 et 2 et de la révision du mécanisme de contribution de répartition pour la période 2016-2026. Dans le cadre de ses compétences, la Commission a posé de nombreuses questions au Gouvernement qui a apporté une réponse étendue dans sa lettre du 4 mars 2016. La réponse du Gouvernement à la Commission, démontrant qu'il n'y a pas d'aide d'Etat, peut être trouvée en pièce jointe²⁶.

Cette observation générale devrait en soi répondre à la plupart de vos questions, que nous complétons le cas échéant ci-dessous dans les réponses concernant les questions spécifiques.”

2.3.2. Hiertegen kan het volgende worden ingebracht.

Alleen al het gegeven dat de Europese Commissie uit eigen beweging een vooronderzoek is begonnen met betrekking tot de voorwaarden waaronder de verlenging van de exploitatie van de kerncentrales wordt verleend, zou de wetgever tot uiterste omzichtigheid moeten aanzetten, gelet op de draconische gevolgen indien het verweer van de stellers van het ontwerp de beoordeling van de Europese Commissie of de nationale rechter, en uitiem het Hof van Justitie, niet zou doorstaan. Artikel 108, lid 3, van het VWEU heeft net als doel om aan de lidstaten, en de begunstigden van de steun, rechtszekerheid te bieden in die gevallen dat er twijfel kan bestaan of het al of niet om staatssteun gaat.

Bovendien overtuigt ook het verweer ten gronde niet.

De verlaging van de repartitiebijdrage als dusdanig staat niet ter discussie. Het komt de wetgever toe om volledig autonoom de hoogte of laagte ervan te bepalen, mits hij daarbij het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel respecteert. Bijgevolg kunnen de stellers van het ontwerp terecht van oordeel zijn dat bij gewijzigde marktomstandigheden een lagere repartitiebijdrage verschuldigd is. Het staatssteunprobleem ontstaat echter doordat die verlaging niet lineair wordt aangerekend op de winstmarges met het geheel van de industriële elektriciteitsproductie uit de splijting van kernbrandstoffen, maar integendeel drie centrales volledig buiten de berekening worden gehouden.

Er wordt evenmin betwist dat de exploitanten van kerncentrales, gelet op de bijzondere risico's en de historische afschrijvingen, aan een ander fiscaal regime kunnen worden onderworpen dan de andere elektriciteitsproducenten.²⁷ Het voorliggende ontwerp bevat echter een ongelijke behandeling tussen twee groepen kerncentrales. Doordat bepaalde kerncentrales worden vrijgesteld, worden ze bovendien niet langer verschillend behandeld in vergelijking met de andere elektriciteitsproducenten, hoewel ze net om de aangehaalde redenen anders moeten worden behandeld teneinde de eerlijke mededinging te herstellen. Onder die omstandigheden moet worden vastgesteld dat het gemaakte onderscheid een selectief voordeel inhoudt, dat

²⁶ Les réponses apportées aux questions de la Commission Européenne ont été rendues intégralement publiques et annexées à : doc. La Chambre, 54K1511/007, pages 65 et suivantes, annexe, « Prolongation de la durée d'exploitation des centrales nucléaires – liste de questions » (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1511/54K1511007.pdf>).

²⁷ Zie in dit verband ook de in de memorie van toelichting aangehaalde motivering voor het bestaan van een repartitiebijdrage, die zoals de stellers van het ontwerp terecht opmerken meermaals is gebillijkt door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State, afdeling Wetgeving.

bovendien ook gevolgen heeft voor de mededinging tussen nucleaire en niet-nucleaire energieproducenten binnen en, gelet op de transmissieverbindingen met de buurlanden, ook buiten België.

2.4. Gelet op al wat hiervoor is opgemerkt, kan niet anders worden geadviseerd dan het voorontwerp overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het VWEU aan te melden bij de Europese Commissie en de regeling pas ten uitvoer te leggen nadat de Europese Commissie vaststelt dat de maatregel – in lijn met wat de stellers van het ontwerp volhouden – toch geen staatssteun vormt,²⁸ dan wel – onder de voorwaarden die de Europese Commissie daaraan eventueel bijkomend zou verbinden – verenigbaar is met de interne markt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. De hoger gemaakte opmerkingen over staatssteun hebben ook gevolgen naar Belgisch grondwettelijk recht. De zo-even geschetste selectiviteit inzake belastingvoordelen komt immers neer op een ongelijke behandeling in de zin van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet. Die ongelijke behandeling moet verantwoord kunnen worden en anders dan voor de staatssteun (waar de eerste beoordeling door de Europese Commissie gebeurt) komt de beoordeling van die verantwoording in eerste instantie toe aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

3.1. Het voorliggende ontwerp is vanuit het perspectief van de stellers ervan het spiegelbeeld van de invoering van een bijzondere heffing in de artikelen 4/1 en 4/2 van de wet van 31 januari 2003 die in de plaats komt van alle andere heffingen, waaronder, zo blijkt nu, ook de repartitiebijdrage. Daarover merkte de Raad van State echter al het volgende op:

“7. Met betrekking tot de hoogte waarop deze jaarlijkse vergoeding wordt vastgesteld, verklaarde de gemachtigde het volgende:

‘Le montant de la redevance offre une perspective de recette budgétaire récurrente. Ce montant tient compte des investissements de jeunesse nécessaires pour assurer la prolongation de ces deux unités tout en veillant à ce que cette redevance conserve un rapport raisonnable avec l'intérêt et la valeur du service consenti. Un montant forfaitaire a été préféré à un montant

²⁸ De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over alle feitelijke gegevens noch over de uitgebreide economische expertise om na te rekenen of het geheel van bijkomende factoren die de stellers van het ontwerp naar voor schuiven om alsnog aan te tonen dat de verlengde kerncentrales alles bij elkaar genomen geen steun ontvangen. Wat de Raad echter wel kan vaststellen – en bij deze doet – is dat het voorliggende juridische kader van de repartitiebijdrage en de bijhorende uitsluitingen van de verlengde kerncentrales alle kenmerken van een staatssteunregeling vertoont, en dus redelijkerwijs moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Niettemin laat zij de mogelijkheid open dat de Europese Commissie na een veel diepgaandere economische analyse alsnog tot een ander inzicht komt over het bestaan van staatssteun. In dat verband moet in herinnering worden gebracht dat zelfs indien de Commissie in haar eindbeslissing zou vaststellen dat geen sprake is van steun, dan nog de “preventieve” doelstelling die aan de bij het VWEU ingevoerde toezichtregeling voor staatssteun ten grondslag ligt, vereist dat de uitvoering van de betrokken maatregel, wanneer er in het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure op is gewezen dat twijfel bestaat over de verenigbaarheid van die maatregel met de interne markt, wordt opgeschort totdat die twijfel in de eindbeslissing wordt weggenomen (HvJ 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, punt 40).

correspondant au résultat d'une formule fortement tributaire de l'évolution à la hausse des prix de l'électricité.

L'article 4/2 §2 a été rédigé dans un souci de cohérence avec l'article 4/1 §4.'

Onverminderd hetgeen in opmerking 6 is uiteengezet aangaande de kwalificatie van deze vergoeding als een belasting, rijst de vraag op grond van welke elementen het bedrag werd bepaald in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (artikelen 10 en 11 van de Grondwet, alsook, inzake belastingzaken, artikel 172, eerste lid, van de Grondwet). De Raad van State ziet niet dadelijk in hoe het onderscheid kan worden verantwoord tussen de forfaitaire benadering in het onderhavige geval en de berekeningswijze van de jaarlijkse bijdrage voor de kerncentrale Tihange 1 in artikel 4/1 van de wet van 31 januari 2003. Evenmin is duidelijk hoe de verschillende behandeling kan worden verantwoord van de eigenaar van de kerncentrales Doel 1 en Doel 2 in vergelijking met de eigenaars van andere kerncentrales waarvoor geen dergelijke vergoedingsregeling bestaat. De gemachtigde verwees dienaangaande naar de zo-even aangehaalde verklaring en voegde daar nog het volgende aan toe:

‘L'objectif principal a été d'assurer des recettes budgétaires pérennes dans les caisses de l'Etat en contrepartie du bénéfice que le propriétaire pourra retirer du service et en tenant compte de la tendance actuelle d'évolution des prix de l'électricité et des amortissements sur les investissements.’

De Raad van State beschikt niet over de vereiste gegevens – en het antwoord van de gemachtigde draagt daar ook niet toe bij – om te kunnen uitmaken of het voorgenomen bedrag van de jaarlijkse bijdrage voor de kerncentrales Doel 1 en Doel 2 nu hoger of lager ligt dan dat voor de kerncentrale Tihange 1, laat staan welke objectieve gegevens een eventueel verschil in de ene of in de andere zin kunnen verantwoorden. Om de Kamer van volksvertegenwoordigers hieromtrent een voldoende inzicht te geven opdat ze met kennis van zaken over de ontworpen bepaling zou kunnen beslissen, moet de memorie van toelichting worden aangevuld met cijfermatige gegevens die een objectieve vergelijking van de jaarlijkse bijdrage voor de kerncentrale Tihange 1 enerzijds en voor de kerncentrales Doel 1 en Doel 2 anderzijds mogelijk maken. Ook de verschillende behandeling in vergelijking met de eigenaars van andere kerncentrales waarvoor geen dergelijke vergoedingsregeling bestaat, moet worden verantwoord.

8. De bij (het ontworpen) artikel 4/2, § 1, ingevoerde jaarlijkse heffing sluit overeenkomstig het huidige artikel 4/2, § 2, van de wet van 31 januari 2003 “alle andere heffingen ten voordele van de federale Staat uit (met uitzondering van de belastingen van algemene toepassing) die zouden zijn verbonden aan de eigendom of de exploitatie van de kerncentrales Doel 1 en Doel 2, aan de inkomsten, productie of productiecapaciteit van deze centrales of aan het gebruik van kernbrandstof door deze centrales”. De vraag rijst evenwel of dit in het licht van het legaliteitsbeginsel in belastingzaken²⁹, van het rechtszekerheidsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel (in belastingzaken) niet eveneens moet worden gepreciseerd in de wetgeving die in die heffingen voorzien. De gemachtigde verklaarde hierover het volgende:

‘Comme l'indique l'exposé des motifs, le propriétaire des centrales nucléaires Doel 1 et Doel 2 est dispensé du paiement de la contribution de répartition pour ces centrales et le régime de la contribution de répartition ne lui est plus applicable comme prévu à l'article 4/2 §2. La loi du 28 juin 2015

²⁹ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Dit beginsel impliceert immers ook dat de belastbare grondslag in de wet duidelijk moet zijn omschreven, zodat de belastingplichtige weet welke gedragingen of onthoudingen belast worden en welke niet.

détermine les modalités de la prolongation et, tout comme ce fût le cas pour la prolongation de la centrale nucléaire Tihange 1, un système de redevance est instauré en contrepartie de la prolongation et à compter de celle-ci. A notre sens, une adaptation de cette loi n'est donc pas requise.'

Het huidige artikel 4/2, § 2, van de wet van 31 januari 2003 lijkt effectief voldoende expliciet geformuleerd opdat met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat de repartitiebijdrage en de aanvullende repartitiebijdragen, vermeld in artikel 14, § 8, van de wet van 11 april 2003 'betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze kerncentrales', niet verschuldigd is door de exploitanten van de kerncentrales Doel 1 en Doel 2, gelet op de algemene formulering van die laatste wetsbepaling. Het huidige artikel 4/2, § 2, van de wet van 31 januari 2003 geldt als een bijzondere bepaling die van die algemene bepaling afwijkt.

Anders is het evenwel voor de heffingen vermeld in de artikelen 30bis/1, § 4, en 30bis/2 van de wet van 15 april 1994. In deze bepalingen worden de "vermogensreactoren" Doel 1 en Doel 2 immers uitdrukkelijk en elk afzonderlijk vermeld voor de betrokken heffingen, die ook nog voor het jaar 2016 verschuldigd zijn. Men kan niet zomaar steunen op het beginsel dat de recentere wet (artikel 4/2, § 2, van de wet van 31 januari 2003) voorgaat op de oudere wet (de twee voormelde wetsbepalingen) om aan te nemen dat het voldoende duidelijk is dat deze heffingen niet verschuldigd zouden zijn. De laatstgenoemde wetsbepalingen zouden dan ook beter formeel moeten worden aangepast om de erin vermelde heffing voor de kerncentrales Doel 1 en Doel 2 te schrappen voor het jaar 2016."³⁰

Nu de omvang van de repartitiebijdrage voor 2016 en de verdere jaren wordt vastgesteld, en dus de draagwijdte van de uitsluiting van Tihange 1, Doel 1 en Doel 2 duidelijker wordt, kan slechts worden vastgesteld dat het voorbehoud dat de Raad van State had bij de hoogte van de vergoeding, wordt versterkt.

3.2. Wat de gehanteerde parameters in de bijlagen bij het voorliggende ontwerp betreft, moet worden opgemerkt dat het de stellers van het ontwerp weliswaar vrij staat te bepalen welke parameters zij hanteren voor de berekening van de hoogte van de heffing, maar dat het noodzakelijk is dat een rationele verantwoording kan worden gegeven voor die keuzes, die verband moeten houden met de afstemming van de hoogte van de heffing met de door de heffing nagestreefde doelstellingen. Dat het om een politieke keuze gaat, volstaat op zich niet als verantwoording.

4. Het ontworpen artikel 14, § 8, tweeëntwintigste, drieëntwintigste en vierentwintigste lid, van de wet van 11 april 2003 (artikel 3, 1°, van het ontwerp) strekt ertoe nieuwe controleopdrachten toe te kennen aan de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG). Aan de gemachtigde is gevraagd of aan de CREG dan ook geen onderzoeksbevoegdheden moeten worden toegekend zoals die waarin is voorzien in artikel 26 van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'. De beroepsmogelijkheden vermeld in artikel 29bis van de wet worden immers wel uitgebreid tot die onderzoeken van de CREG (artikel 7 van het ontwerp).

³⁰ Adv.RvS 58.448/3 van 16 november 2015 over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie', punten 7-8.

De gemachtigde antwoordt in dat verband:

“Une mission spéciale complémentaire a été confiée à la CREG par le dispositif, qui garantit en tant que tel à la CREG un réel pouvoir de contrôle défini à l’article 14, § 8, alinéas 22 à 25. Ce dispositif n’entend pas déroger aux autres compétences et missions de la CREG (telles qu’en matière de contrôle des prix, etc).”

Er zou echter niet moeten worden afgeweken van de bestaande opdrachten en bevoegdheden van de CREG krachtens de wet van 29 april 1999, maar de CREG zou ook bij het uitvoeren van die nieuwe opdrachten over gelijkaardige onderzoeksbevoegdheden dienen te beschikken, in het bijzonder met betrekking tot de toegang tot eventuele documenten die in het bezit zouden zijn van de kernexploitanten en de vennootschappen. Indien deze hun medewerking niet zouden verlenen op vraag van de CREG, zou het op grond van het ontworpen artikel 22bis, § 1, van de wet van 11 april 2003 weliswaar mogelijk zijn voor de Commissie voor nucleaire voorzieningen om een boete op te leggen,³¹ maar daarmee krijgt de CREG nog geen toegang tot informatie die essentieel kan zijn voor de vervulling van haar controle- en onderzoeksopdrachten, en dus voor het functioneren van het complexe mechanisme voor de vaststelling van de concrete jaarlijkse repartitiebijdrage.

Dit element zal door de stellers aan een nieuw onderzoek moeten worden onderworpen.

5. Ook vanuit wetgevingstechnisch oogpunt zijn de ontworpen bepalingen vatbaar voor kritiek.

Door jaar na jaar nieuwe leden in te voegen in artikel 14, § 8, van de wet van 11 april 2003 is die bepaling nauwelijks nog hanteerbaar, wat in het verleden al geleid heeft tot vergissingen over het exacte aantal leden en dus over de kruisverwijzingen.

Bovendien bevat het ontwerp niet enkel opnieuw een *ad hoc* mechanisme voor 2016 die aansluit bij de regeling voor de voorbije jaren, maar ook een complexe regeling voor de periode 2017-2026. Het is dan ook sterk aan te bevelen om die regeling minstens in een nieuwe paragraaf, of beter nog een nieuw artikel, op te nemen.

³¹ De CREG heeft zelf een gelijkaardige bevoegdheid in artikel 31 van de wet van 29 april 1999, maar zonder bijkomende wetgevend optreden is die bepaling evenmin van toepassing op de opdrachten in de ontworpen bepalingen.

BIJZONDERE OPMERKINGENArtikel 8

6. Artikel 8 van het ontwerp heeft eigenlijk tot doel om bijlagen te voegen bij de wet van 11 april 2003. Bijgevolg moet die bepaling worden ingevoegd voor artikel 7 van het ontwerp, en als volgt worden geformuleerd:

“In dezelfde wet worden de bijlagen 1 tot 6 ingevoegd die als bijlage gaan bij deze wet.”

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'instaurer une contribution de répartition à charge des exploitants nucléaires et des sociétés ayant une quote-part dans la production industrielle d'électricité à partir de la fission de combustibles nucléaires ¹.

Pour 2016, il s'agit d'une contribution de répartition *ad hoc* sur la base de l'énergie produite par les centrales nucléaires en 2015, alors que pour la période s'étendait de 2017 à 2026, le calcul de la contribution fera l'objet d'un mécanisme permanent. Le régime en projet répond aux principes élaborés en la matière dans l'une des annexes de la convention conclue le 30 novembre 2015 entre la ministre de l'Énergie et l'exploitant des centrales nucléaires de Doel 1 et 2, et ce bien que les centrales nucléaires (Doel 1 et 2 et Tihange 1) dont la désactivation a été reportée de dix ans par la loi du 28 juin 2015 ², soient exclues du régime.

FORMALITÉS

2. Le nouvel alinéa 14 en projet de l'article 14, § 8, de la loi du 11 avril 2003 'sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales' (article 3, 1°, du projet) exclut les centrales nucléaires de Tihange 1, Doel 1 et Doel 2 du champ d'application de la contribution de répartition, au motif qu'elles sont soumises à la cotisation spéciale prévue par les articles 4/1 et 4/2 de la loi du 31 janvier 2003 'sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité'.

À cet égard, le régime en projet pourrait être qualifié d'aide au sens de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), auquel cas il devra au préalable être notifié à la Commission européenne, qui devra apprécier sa compatibilité avec le marché intérieur avant de le mettre en oeuvre.

2.1. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 107 du TFUE a pour objectif de prévenir que les échanges entre États membres soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ³. Il y a dès lors lieu d'examiner les exonérations fiscales en cause dans le présent projet au regard des conditions auxquelles l'article 107, paragraphe 1, du TFUE subordonne la qualification d'aide d'État d'une mesure nationale, à savoir 1) le financement d'une telle mesure par l'État ou au

¹ L'État belge prélève une telle contribution depuis 2008. Jusqu'à présent, ce prélèvement s'opérait sur la base d'un régime qui était chaque fois adopté pour une année déterminée. Voir l'article 14, § 8, de la loi du 11 avril 2003 'sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales'.

² Loi du 28 juin 2015 'modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité afin de garantir la sécurité d'approvisionnement sur le plan énergétique'.

³ C.J.U.E., 15 juin 2006, C-393/04 et C-41/05, *Air Liquide*, points 27-28. Voir par exemple également : C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*; C.J.U.E., 22 décembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commission*.

moyen de ressources d'État, 2) l'existence d'un avantage pour une entreprise, 3) la sélectivité de ladite mesure ainsi que 4) l'incidence de cette dernière sur les échanges entre les États membres et la distorsion de concurrence résultant de celle-ci.

2.1.1. En ce qui concerne les première et deuxième conditions, il convient de rappeler que la notion d'« aide » est plus générale que celle de « subvention », étant donné qu'elle comprend non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions d'État qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, – sans être des subventions au sens strict du mot – sont de même nature et ont des effets identiques⁴. Une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE⁵.

Force est de constater en l'espèce qu'il est instauré pour 2016, une contribution de répartition *ad hoc* qui est due par les exploitants nucléaires et certaines sociétés, mais que trois centrales nucléaires n'y sont pas soumises. Bien que le montant de la contribution de répartition soit fixé forfaitairement, la marge de profitabilité présumée de la production industrielle d'électricité par fission de combustibles nucléaires en 2015 est néanmoins prise comme point de départ, à l'exclusion des cotisations des trois centrales en question. Or, ces centrales se trouvent dans une situation comparable, en ce sens qu'elles sont également chargées de l'activité commerciale de production industrielle d'électricité par fission de combustibles nucléaires. L'application des formules que l'on prétend être à la base de la fixation du montant devrait rapporter un montant nettement plus élevé si ces centrales étaient bel et bien prises en compte. Vue sous cet angle, la différence constitue dès lors un avantage, accordé au moyen de ressources d'État, pour les entreprises concernées.

Les mêmes problèmes se posent *a fortiori* en ce qui concerne le mécanisme prévu pour la contribution de répartition des années 2017 à 2026, que la section de législation n'a pas encore pu prendre en compte dans ses avis sur la prolongation des centrales nucléaires de Tihange 1 et Doel 1 et 2, une contribution de répartition récurrente et prévisible, basée sur des paramètres publics, n'étant instaurée que dans le présent projet.

⁴ C.J.U.E., 15 juin 2006, C-393/04 et C-41/05, *Air Liquide*, point 29, avec référence à C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, point 38, C.J.U.E., 15 juillet 2004, C-501/00, *Espagne c. Commission*, point 90, et C.J.U.E., 15 décembre 2005, C-66/02, *Italie c. Commission*, point 77.

⁵ C.J.U.E., 15 juin 2006, C-393/04 et C-41/05, *Air Liquide*, point 30, avec référence à C.J.U.E., 15 mars 1994, C-387/92, *Banco Exterior de España*, point 14, et C.J.U.E., 10 janvier 2006, affaire C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, point 132.

Il apparaît que le législateur, vu l'exclusion de Tihange 1, Doel 1 et Doel 2 pendant dix ans, renonce à des dizaines de millions d'euros par année ⁶.

Il a été demandé au délégué de calculer l'importance de la contribution à laquelle il est renoncé. Cette demande n'a toutefois pas fait l'objet d'une réponse claire.

« Le mécanisme de la contribution de répartition a été revu pour tenir compte de la réduction de 7 à 4 du nombre de centrales prises en compte, et s'aligner avec la réalité économique, caractérisée par de plus faibles bénéfices issus de l'activité de production d'électricité nucléaire ; voir à ce sujet l'étude CREG du 12 mars 2015 ⁷, l'évolution des prix de l'électricité sur les marchés de gros ⁸, et pour plus de détails, les réponses aux questions 14 à 16 formulées par la Commission Européenne ⁹ ».

L'argument pris de la baisse du coût de l'énergie est du reste une arme à double tranchant. Dans le cas d'un fonctionnement normal du marché, cette baisse constitue en effet un incitant à l'innovation et à la rationalisation, entraînant la disparition des producteurs les moins efficaces du marché. La convention conclue entre les exploitants et l'autorité, dont le présent projet représente l'une des mises en œuvre, emporte toutefois la réalisation, dans les centrales nucléaires les plus anciennes, des investissements qui autrement n'auraient sans doute pas été consentis. Une offre supplémentaire significative est ainsi créée, laquelle favorise la baisse des prix. Si cette baisse entraîne une diminution de l'importance du montant de l'aide, cet argument renforce toutefois l'indication selon laquelle la mesure concernée affecte les échanges entre les États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence.

2.1.2. En ce qui concerne la troisième condition, à savoir la sélectivité des mesures, il est clair que ces avantages fiscaux ne s'appliquent pas à tous les opérateurs économiques, une exonération n'étant accordée qu'aux exploitants de trois centrales nucléaires. En ce qui concerne l'appréciation de la condition de sélectivité, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que l'article 107, paragraphe 1, du TFUE impose de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser certaines entreprises ou certaines productions par rapport à d'autres, qui se trouveraient, au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime, dans une situation (factuelle et juridique) comparable ¹⁰.

⁶ La puissance des quatre centrales soumises à la contribution de répartition est de 4093 mégawatts (MW) : 1006 MW (Doel 3) + 1033 MW (Doel 4) + 1008 MW (Tihange 2) + 1046 MW (Tihange 3). La puissance des autres centrales s'élève à 1828 MW : 433 MW (Doel 1) + 433 MW (Doel 2) + 962 MW (Tihange 1). Cela signifie que si le calcul de la perception portait sur toutes les centrales, le point de départ du calcul devrait être plus élevé de quelque 44%.

⁷ Note du délégué : Voir à ce sujet l'étude de la CREG F150312-CDC-1407 du 12 mars 2015 relative à « une mise à jour de la structure de coûts de la production d'électricité par les centrales nucléaires en Belgique, de l'évaluation économique de la production nucléaire d'électricité ainsi que d'une estimation des bénéfices tirés de ces activités » (<http://www.creg.info/pdf/Etudes/F1407FR.pdf>) dans lequel le bénéfice nucléaire a été estimé par la CREG à 434 MEUR pour 2014.

⁸ Note du délégué : Voir également la Figure 1 plus bas dans le texte, et l'évolution décroissante des prix de l'électricité sur les marchés de gros.

⁹ Note du délégué : Les réponses apportées aux questions de la Commission Européenne ont été rendues intégralement publiques et annexées à : doc. La Chambre, 54K1511/007, pages 65 et suivantes, annexe, « Prolongation de la durée d'exploitation des centrales nucléaires – liste de questions » (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1511/54K1511007.pdf>).

¹⁰ C.J.U.E., 4 juin 2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, point 74, avec référence à C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, point 41, C.J.U.E., 22 décembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association*

Dans ces conditions, si on peut expliquer pourquoi la contribution de répartition touche les exploitants nucléaires et certaines sociétés et pas d'autres producteurs d'électricité, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas possible de justifier pourquoi une distinction est opérée entre les contribuables. Le projet concerné avantage dès lors indéniablement « certaines productions ».

L'argument selon lequel les centrales nucléaires de Tihange 1, Doel 1 et Doel 2 se trouvent dans une situation particulière, compte tenu du fait qu'elles sont soumises aux cotisations spéciales visées aux articles 4/1 et 4/2 de la loi du 31 janvier 2003, n'infirme pas le fait que le régime de la contribution de répartition peut constituer une aide d'État sélective.

Aux fins d'apprécier la sélectivité de la mesure en cause, il convient, il est vrai,

« d'examiner si, dans le cadre d'un régime juridique donné, ladite mesure constitue un avantage pour certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable. La détermination du cadre de référence revêt une importance accrue dans le cas de mesures fiscales puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite « normale »¹¹.

Selon la Cour de justice, « la notion 'd'aide d'État' ne vise pas les mesures étatiques introduisant une différenciation entre les entreprises et, partant, *a priori* sélectives, lorsque cette différenciation résulte de la nature ou de l'économie du système dans lequel elles s'inscrivent »¹².

Il incombe toutefois à l'État membre, qui a introduit une telle différenciation entre les entreprises (ou, dans le cas présent, entre les productions) en matière de charges, de démontrer qu'elle est effectivement justifiée par la nature et l'économie du système en cause¹³. Tel ne semble pas être le cas en ce qui concerne le régime applicable aux trois centrales nucléaires concernées.

Force est tout d'abord de constater que le produit de cette cotisation spéciale mentionnée à l'article 4/1 de la loi du 31 janvier 2003 est jusqu'à présent, semble-t-il, d'environ zéro euro¹⁴. Dans ces conditions, il ne peut être sérieusement soutenu que la centrale nucléaire de Tihange 1 serait soumise à une redevance similaire.

c. *Commission*, point 82, et C.J.U.E., 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission et Espagne c. Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, point 75.

¹¹ C.J.U.E., 6 septembre 2006, affaire C-88/03, *Portugal c. Commission*, point 56.

¹² C.J.U.E., 15 novembre 2011, affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission et Espagne c. Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, point 145, avec référence à C.J.U.E., 8 novembre 2001, affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, point 42; C.J.U.E., 6 septembre 2006, affaire C-88/03, *Portugal c. Commission*, point 52, et C.J.U.E., 22 décembre 2008, affaire C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commission*, point 83.

¹³ C.J.U.E., 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission et Espagne c. Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, point 146, avec référence à l'arrêt C.J.U.E., 29 avril 2004, C-159/01, *Pays-Bas c. Commission*, point 43, et C.J.U.E., 8 septembre 2001, C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas*, point 77.

¹⁴ *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1511/004, 18, 20, 25, 32, 57 et 59, et n° 54-1511/007, 102.

Ensuite, le Conseil d'État, section de législation, a déjà déclaré dans les avis sur des projets fixant le montant global visé à l'article 4/2¹⁵, pour les centrales nucléaires de Doel 1 et 2 à 20 millions d'euros que ce montant – qui doit remplacer toutes les autres charges et contributions – devait pouvoir être justifié au regard du principe d'égalité en matière fiscale¹⁶. Les avantages fiscaux qui ne remplissent pas cette condition risquent d'être qualifiés de sélectifs dans un contexte d'aides d'État. À cet égard, s'il est vrai que le Conseil d'État gardait à l'esprit, notamment, la contribution de répartition, il n'en reste pas moins que cette charge ne pouvait pas encore être prise en compte, étant donné qu'elle n'avait pas encore été instaurée pour 2016 (et que le législateur pouvait encore y renoncer). Dès lors que le projet à l'examen vise formellement à instaurer une contribution de répartition pour 2016 et à prévoir un mécanisme permanent pour les années 2017-2026, dont sont exclus les centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2, force est de constater que le montant de 20 millions d'euros, au regard des points de départ des calculs qui ont conduit au montant prévu, respectivement à l'article 14, § 8, alinéa 15, en projet, et à l'article 14, § 8, alinéa 17, de la loi du 11 avril 2003, ne peut aucunement être équivalent.

Enfin, la différence ne peut être justifiée par les frais qui seraient liés à la prolongation des centrales nucléaires. D'une certaine façon, ce lien rend même le régime plus problématique. En effet, il en résulte que l'autorité voudrait ainsi stimuler des investissements dans des centrales nucléaires, le montant de l'aide n'étant toutefois pas calculé sur la base des coûts d'investissement, mais sur la base des marges de profitabilité des centrales concernées. Pareille approche ne peut s'inscrire dans quelque régime d'exonération que ce soit et doit par conséquent être notifiée. Tout au plus cet objectif peut-il constituer un élément lors de l'appréciation de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur, mais cette appréciation incombe exclusivement à la Commission européenne et ne peut s'opérer qu'après que l'aide a été notifiée à la Commission ou que celle-ci, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, a ouvert elle-même la procédure formelle d'examen fixée au paragraphe 2 de cet article à l'égard de la mesure d'aide non notifiée¹⁷.

Par conséquent, il y a lieu de considérer que l'aide est sélective.

¹⁵ Voir l'article 4/2, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 31 janvier 2003, modifié par la loi du 12 juin 2016 'modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, en vue de la fixation de la redevance annuelle due pour la prolongation des centrales nucléaires Doel 1 et Doel 2'.

¹⁶ Avis C.E. 58.448/3 du 16 novembre 2015 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité', points 7-9 (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1511/001, pp. 15-18).

¹⁷ Il convient toutefois de relever à cet égard que, pendant la durée de cette procédure formelle d'examen également, le juge national est tenu d'adopter toutes les mesures nécessaires en vue de tirer les conséquences d'une éventuelle violation de l'obligation de suspension de l'exécution de ladite mesure. À cette fin, la juridiction nationale peut décider de suspendre l'exécution de la mesure en cause et d'enjoindre la récupération des montants déjà versés. Elle peut aussi décider d'ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder, d'une part, les intérêts des parties concernées et, d'autre part, l'effet utile de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Voir C.J.U.E., 21 novembre 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, points 24-45.

2.1.3. Enfin, en ce qui concerne la quatrième condition, à savoir que la mesure en question affecte les échanges entre États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence, la Cour de justice est d'avis qu'il ne faut pas constater que l'aide accordée influence réellement les échanges entre les États membres et fausse effectivement la concurrence, mais qu'il suffit d'examiner si les mesures d'aide sont susceptibles d'affecter les échanges et de fausser la concurrence¹⁸. L'octroi d'avantages fiscaux importants en vue de prolonger la durée de vie des centrales nucléaires emporte des conséquences notables pour le choix des moyens de production nucléaire à mettre en œuvre¹⁹, pour l'ampleur de l'offre en électricité et le niveau du prix de cette dernière, et, partant, de la rentabilité des investissements dans les sources d'énergie tant nucléaires qu'alternatives, ainsi que pour la nécessité d'importer de l'électricité en provenance d'autres pays membres. La quatrième condition est par conséquent remplie.

2.2. En conclusion, la mesure à l'examen constitue une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE ne relevant pas d'un régime d'exemption. Pareil régime ne peut se concrétiser qu'après avoir été notifié conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. Eu égard, notamment, à la sanction sévère encourue en cas de défaut de notification injustifié, il est recommandé de notifier la mesure au préalable, en application de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. En effet, une aide d'État non notifiée est tout à fait illégale (même si elle pourrait être déclarée compatible si elle était correctement notifiée)²⁰, et cette illégalité doit être soulevée, au besoin d'office, par chaque juge²¹, sans que les bénéficiaires de l'aide puissent se prévaloir de la confiance suscitée pour empêcher son remboursement (avec intérêts)²². Le juge national – en Belgique également la Cour constitutionnelle²³ – est compétent pour établir si une mesure doit être qualifiée d'aide d'État nouvelle et si, dans l'affirmative, celle-ci devait être notifiée à la Commission avant d'être mise à exécution²⁴.

¹⁸ C.J.U.E., 15 juin 2006, C-393/04 et C-41/05, *Air Liquide*, points 33-34, avec référence à C.J.U.E., 29 avril 2004, C-372/97, *Italie c. Commission*, point 44, C.J.U.E., 15 décembre 2005, C-66/02, *Italie c. Commission*, point 111, et C.J.U.E., 15 décembre 2005, C-148/04, *Unicredito Italiano*, point 54.

¹⁹ Dès lors que la contribution de répartition pour les années 2017 à 2026 est fixée à 38% du bénéfice réalisé par les centrales nucléaires lors de l'année précédente, tandis que la redevance annuelle, en particulier pour Doel 1 et Doel 2, est fixée forfaitairement à 20 millions d'euros, les réglementations légales, considérées conjointement, semblent encourager l'utilisation, en premier lieu, de la capacité de production de Doel 1 et de Doel 2. En effet, une plus grande production des centrales nucléaires citées en premier engendre normalement une plus grande marge de profitabilité, et donc une plus grande contribution de répartition, alors que la redevance annuelle pour Doel 1 et Doel 2 reste en principe constante.

²⁰ C.J.U.E., 8 décembre 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, point 28, avec référence à des arrêts du 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, point 17, et du 27 octobre 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 et C-321/04-C-325/04, point 30.

²¹ C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-119/05, *Lucchini*, point 61.

²² C.J.U.E., 20 mars 1997, C-24/95, *Alcan*. Voir également : N. DE VOS, « De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun », *RW* 2012-13, pp. 130-131, n^{os} 26 et 30; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, n^o 11-026.

²³ C.C., 7 novembre 2013, n^o 145/2013, B.2.2.

²⁴ C.C., 6 avril 2011, n^o 50/2011, B.12.3.1 à B.12.3.4.

2.3.1. Malgré tout, le délégué soutient qu'il est impossible que le régime constitue une aide d'État :

« Les centrales nucléaires de Tihange 1, Doel 1 et Doel 2 sont soumises à une redevance pour la prolongation de leur durée de production jusqu'en 2025. Les centrales nucléaires Doel 3 et 4 et Tihange 2 et 3, non prolongées, sont soumises à une contribution de répartition nucléaire pour la période 2016 à 2026.

Ces différents dispositifs ne constituent in fine qu'une déclinaison du principe d'une taxation ad hoc du surprofit engendré par l'activité de production d'électricité nucléaire.

La révision de la contribution de répartition pour les centrales nucléaires non prolongées (Doel 3 et 4 et Tihange 2 et 3) ne comporte pas une aide d'État en faveur des exploitants et sociétés visées, notamment pour les raisons suivantes:

- (i) Eu égard à l'évolution du marché de l'électricité sur lequel il a été constaté une diminution significative des prix de gros, l'État belge s'est vu contraint d'adapter le calcul de la contribution pour l'avenir de manière à mieux l'aligner sur le niveau réel du surprofit qu'elle vise à capter et à éviter ainsi de s'exposer à des contestations judiciaires pour atteinte disproportionnée au droit de propriété des contribuables. La réforme d'un impôt qui, dans le respect de sa finalité et de sa logique générale, adapte celui-ci à l'évolution des éléments factuels sous-jacents en vue d'éviter une charge fiscale excessive et de sécuriser les ressources budgétaires correspondantes de l'État contre un risque réel de contentieux, ne comporte ni un avantage pour les redevables ni une utilisation des ressources de l'État.
- (ii) Réduction de 7 à 4 du nombre de centrales prises en compte dans l'application de la contribution de répartition.
- (iii) La réforme ne favorise pas les producteurs nucléaires (soumis à l'application du principe d'une taxation ad hoc du surprofit engendré par l'activité de production d'électricité nucléaire) par rapport aux producteurs d'électricité non-nucléaire ou autres opérateurs actifs sur le marché de gros de l'électricité qui, eux, ne sont soumis à aucune mesure fiscale analogue à la contribution de répartition. Ceci ne constitue aucun avantage sélectif ni pour les producteurs nucléaires, ni pour les producteurs non-nucléaires, et donc, n'empêche entre eux aucune perturbation de concurrence au sens de l'article 107 du TFUE²⁵.

Il convient de souligner que les producteurs nucléaires restent pleinement soumis à tous les impôts de droit commun au même titre que les autres producteurs d'électricité (non nucléaire) et les contribuables en général.

En conséquence, la décision du législateur d'adapter cette taxation spécifique à la réalité économique n'est pas de nature à fausser la concurrence (voir les éléments de la réponse 1.a.). Les producteurs non nucléaires ne peuvent être désavantagés (et les producteurs nucléaires ne peuvent bénéficier d'aucun avantage sélectif) quand une imposition spécifique qui ne pèse absolument pas sur les producteurs non nucléaires, est adaptée dans ses modalités à la réalité économique.

La Commission Européenne a été informée par le Gouvernement concernant les détails de la prolongation de la durée de production de Doel 1 et 2 et de la révision du mécanisme de contribution de répartition pour la période 2016-2026. Dans le cadre de ses

²⁵ Voir notamment Cour Constitutionnelle : Arrêt n° 106/2014 du 17 juillet 2014 (<http://www.const-court.be/public/f/2014/2014-106f.pdf>)

compétences, la Commission a posé de nombreuses questions au Gouvernement qui a apporté une réponse étendue dans sa lettre du 4 mars 2016. La réponse du Gouvernement à la Commission, démontrant qu'il n'y a pas d'aide d'Etat, peut être trouvée en pièce jointe²⁶.

Cette observation générale devrait en soi répondre à la plupart de vos questions, que nous complétons le cas échéant ci-dessous dans les réponses concernant les questions spécifiques ».

2.3.2. Il peut être répondu ce qui suit.

Le seul fait que la Commission européenne ait entamé d'initiative une information relative aux conditions auxquelles la prolongation de l'exploitation des centrales nucléaires est autorisée devrait inciter le législateur à la plus grande prudence, compte tenu des conséquences capitales qui s'en suivraient si l'argumentation des auteurs du projet ne résistait pas à l'appréciation de la Commission européenne ou du juge national et, en dernier ressort, de la Cour de Justice. L'article 108, paragraphe 3, du TFUE a précisément pour objet de garantir la sécurité juridique aux États membres, et aux bénéficiaires de l'aide, en cas de doute quant au fait qu'il s'agit ou non d'une aide d'État.

En outre, l'argumentation ne convainc pas non plus sur le fond.

La réduction de la contribution de répartition en tant que telle n'est pas contestée. Il revient au législateur d'en déterminer, en toute autonomie, l'importance, pourvu qu'il respecte à cet égard les principes de proportionnalité et d'égalité. Par conséquent, les auteurs du projet peuvent estimer, à juste titre, qu'en cas de changement au niveau des conditions du marché, la contribution de répartition due sera moindre. Le problème lié à l'aide d'État se pose toutefois en ce que cette réduction n'est pas imputée de manière linéaire sur les marges de profitabilité de l'ensemble de la production industrielle d'électricité par fission de combustibles nucléaires, mais que, au contraire, trois centrales sont totalement exclues du calcul.

Il n'est pas non plus contesté que les exploitants des centrales nucléaires, eu égard aux risques particuliers et aux amortissements historiques, peuvent être soumis à un régime fiscal différent de celui appliqué aux autres producteurs d'électricité²⁷. Toutefois, le projet à l'examen contient une différence de traitement entre deux groupes de centrales nucléaires. Dès lors que certaines centrales nucléaires sont exonérées, elles ne bénéficient plus par ailleurs d'un traitement différent de celui des autres producteurs d'électricité, bien que, précisément pour les motifs évoqués précédemment, elles doivent être traitées différemment afin de rétablir une concurrence loyale. Dans ces circonstances, force est de constater que la distinction opérée entraîne un avantage sélectif qui a en outre des effets sur la concurrence entre les producteurs d'électricité

²⁶ Les réponses apportées aux questions de la Commission Européenne ont été rendues intégralement publiques et annexées à : doc. La Chambre, 54K1511/007, pages 65 et suivantes, annexe, « Prolongation de la durée d'exploitation des centrales nucléaires – liste de questions » (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1511/54K1511007.pdf>).

²⁷ Voir également à ce sujet la motivation avancée dans l'exposé des motifs pour justifier l'existence d'une contribution de répartition qui, comme l'ont relevé judicieusement les auteurs du projet à plusieurs reprises, est admise par la Cour constitutionnelle et par le Conseil d'État, section de législation.

nucléaire et non nucléaire de Belgique et, compte tenu des liaisons de transmission avec les pays limitrophes, en dehors de celle-ci également.

2.4. Compte tenu des observations formulées ci-dessus, on ne peut que conseiller de notifier l'avant-projet à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, et de ne mettre en œuvre le régime qu'après que cette dernière a constaté que la mesure – comme le soutiennent les auteurs du projet – ne constitue pas une aide d'État²⁸, ou – aux conditions supplémentaires que la Commission européenne établirait éventuellement – qu'elle est compatible avec le marché intérieur.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. Les observations formulées ci-dessus concernant l'aide d'État ont aussi des conséquences en droit constitutionnel belge. En effet, la sélectivité évoquée plus haut en matière d'avantages fiscaux équivaut à une différence de traitement au sens des articles 10, 11 et 172 de la Constitution. Cette différence doit pouvoir être justifiée et, contrairement à ce qui est le cas pour les aides d'État (où c'est la Commission européenne qui réalise la première appréciation), il revient en premier lieu au Conseil d'État, section de législation, d'apprécier cette justification.

3.1. Du point de vue de ses auteurs, le projet à l'examen reflète l'instauration, dans les articles 4/1 et 4/2 de la loi du 31 janvier 2003, d'une taxe spéciale qui se substitue à toutes les autres charges, dont aussi, comme il apparaît à présent, la contribution de répartition. À ce sujet, le Conseil d'État a toutefois observé ce qui suit :

« 7. Le délégué a déclaré ce qui suit à propos du montant fixé pour cette redevance annuelle :

‘Le montant de la redevance offre une perspective de recette budgétaire récurrente. Ce montant tient compte des investissements de jouvence nécessaires pour assurer la prolongation de ces deux unités tout en veillant à ce que cette redevance conserve un rapport raisonnable avec l'intérêt et la valeur du service consenti. Un montant forfaitaire a été préféré à un montant correspondant au résultat d'une formule fortement tributaire de l'évolution à la hausse des prix de l'électricité.

²⁸ Le Conseil d'État, section de législation, ne dispose pas de tous les éléments de fait ni de l'expertise économique suffisante pour vérifier si l'ensemble des facteurs supplémentaires avancés par les auteurs du projet en vue d'encore démontrer que, somme toute, les centrales nucléaires prolongées ne reçoivent pas d'aide. Le Conseil d'État peut cependant bien constater – et il le fait par la présente – que le cadre juridique à l'examen de la contribution de répartition et des exclusions connexes des centrales nucléaires prolongées présente toutes les caractéristiques d'un régime d'aide d'État et doit donc raisonnablement être notifié à la Commission européenne. Néanmoins, il laisse ouverte la possibilité qu'à l'issue d'une analyse économique beaucoup plus approfondie, la Commission européenne adopte encore un autre point de vue sur l'existence d'une aide d'État. À cet égard, il convient de rappeler que même si, dans sa décision finale, la Commission devait conclure à l'absence d'aide, l'objectif de prévention qui sous-tend le système de contrôle des aides étatiques institué par le TFUE veut que, à la suite du doute soulevé dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen quant au caractère d'aide de cette mesure et à sa compatibilité avec le marché intérieur, sa mise à exécution soit différée jusqu'à ce que ce doute soit levé par la décision finale de la Commission (C.J.U.E., 21 novembre 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, point 40).

L'article 4/2 §2 a été rédigé dans un souci de cohérence avec l'article 4/1 §4.'

Sans préjudice des observations formulées au point 6 concernant la qualification de cette redevance comme étant un impôt, la question se pose de savoir sur la base de quels éléments le montant a été fixé, au regard du principe constitutionnel d'égalité (articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi qu'en matière fiscale, l'article 172, alinéa 1^{er}, de la Constitution). Le Conseil d'État n'aperçoit pas d'emblée comment on peut justifier la distinction entre l'approche forfaitaire dans le cas à l'examen et le mode de calcul de la contribution annuelle pour la centrale nucléaire de Tihange 1 fixé à l'article 4/1 de la loi du 31 janvier 2003. On n'aperçoit pas davantage comment la différence de traitement entre le propriétaire des centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2 et les propriétaires d'autres centrales nucléaires, pour lesquels pareil régime de redevance n'existe pas, peut se justifier. Le délégué renvoie à cet égard à la déclaration précitée, tout en ajoutant encore ce qui suit :

'L'objectif principal a été d'assurer des recettes budgétaires pérennes dans les caisses de l'Etat en contrepartie du bénéfice que le propriétaire pourra retirer du service et en tenant compte de la tendance actuelle d'évolution des prix de l'électricité et des amortissements sur les investissements.'

Le Conseil d'État ne dispose pas des éléments nécessaires – et la réponse du délégué n'y contribue pas non plus – pour déterminer si le montant envisagé de la contribution annuelle pour les centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2 est maintenant plus ou moins élevé que celui fixé pour la centrale nucléaire de Tihange 1, ni, a fortiori, pour identifier les éléments objectifs susceptibles de justifier une éventuelle différence dans un sens ou dans l'autre. Afin de permettre à la Chambre des représentants de cerner la question et de prendre une décision sur la disposition en projet en connaissance de cause, il convient de compléter l'exposé des motifs par des données chiffrées permettant une comparaison objective de la contribution annuelle pour la centrale nucléaire de Tihange 1, d'une part, et pour les centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2, d'autre part. Il y a également lieu de justifier la différence de traitement vis-à-vis des propriétaires d'autres centrales nucléaires pour lesquelles pareil régime de redevance n'existe pas.

8. Conformément à l'article 4/2, § 2, actuel, de la loi du 31 janvier 2003, la taxe annuelle instaurée par l'article 4/2, § 1^{er} (en projet) exclut 'toutes autres charges en faveur de l'État fédéral (à l'exception des impôts d'application générale) qui seraient liées à la propriété ou à l'exploitation des centrales nucléaires Doel 1 et Doel 2, aux revenus, à la production ou à la capacité de production ou à l'utilisation par celles-ci de combustible nucléaire'. La question se pose toutefois de savoir si, eu égard aux principes de légalité en matière fiscale²⁹, de sécurité juridique et d'égalité (en matière fiscale), il ne faudrait pas aussi le préciser dans la législation qui prévoit ces charges. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

'Comme l'indique l'exposé des motifs, le propriétaire des centrales nucléaires Doel 1 et Doel 2 est dispensé du paiement de la contribution de répartition pour ces centrales et le régime de la contribution de répartition ne lui est plus applicable comme prévu à l'article 4/2 §2. La loi du 28 juin 2015 détermine les modalités de la prolongation et, tout comme ce fût le cas pour la prolongation de la centrale nucléaire Tihange 1, un système de redevance est instauré en contrepartie de la prolongation et à compter de celle-ci. A notre sens, une adaptation de cette loi n'est donc pas requise.'

²⁹ Note 9 de l'avis cité : Ce principe implique en effet que la base imposable doit être définie clairement dans la loi, afin que le contribuable sache quels comportements ou abstentions sont imposés et lesquels ne le sont pas.

L'article 4/2, § 2, actuel de la loi du 31 janvier 2003 paraît effectivement suffisamment explicite pour que l'on puisse considérer avec suffisamment de certitude que la contribution de répartition et les contributions de répartition complémentaires, visées à l'article 14, § 8, de la loi du 11 avril 2003 'sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales', ne sont pas dues par les exploitants des centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2, compte tenu de la formulation générale de cette dernière disposition légale. L'article 4/2, § 2, actuel de la loi du 31 janvier 2003 constitue une disposition particulière qui déroge à cette disposition générale.

Cependant, il en va autrement pour les taxes visées aux articles 30bis/1, § 4, et 30bis/2 de la loi du 15 avril 1994. En effet, pour les taxes concernées, qui sont encore dues pour l'année 2016, ces dispositions mentionnent expressément et séparément les 'réacteurs de puissance' de Doel 1 et Doel 2. On ne peut pas simplement se fonder sur le principe concernant la primauté de la loi la plus récente (article 4/2, § 2, de la loi du 31 janvier 2003) sur la loi plus ancienne (les deux dispositions légales précitées) pour considérer qu'il est suffisamment clair que ces taxes ne seraient pas dues. Mieux vaudrait dès lors adapter formellement les dispositions légales citées en dernier afin de supprimer la taxe qu'elles mentionnent pour les centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2 pour l'année 2016 »³⁰.

Dès lors que l'importance de la contribution de répartition pour 2016 et pour les années suivantes est fixée, et que, partant, la portée de l'exclusion de Tihange 1, Doel 1 et Doel 2 se précise, on peut uniquement constater que la réserve que formulait le Conseil d'État quant au montant de la redevance est renforcée.

3.2. Concernant les paramètres utilisés dans les annexes du projet à l'examen, il y a lieu d'observer que si les auteurs du projet sont libres de déterminer les paramètres qu'ils utilisent pour le calcul du montant de la taxe, il est toutefois nécessaire de pouvoir justifier rationnellement ces choix, qui doivent être liés à l'alignement du montant de la taxe sur les autres objectifs poursuivis par cette dernière. La circonstance qu'il s'agit d'un choix politique n'est pas en soi une justification suffisante.

4. L'article 14, § 8, alinéas 22 à 24, en projet, de la loi du 11 avril 2003 (article 3, 1°, du projet) vise à confier de nouvelles missions de contrôle à la Commission de régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG). La question a été posée au délégué de savoir s'il ne faudrait pas également octroyer à la CREG des pouvoirs d'enquête tels que ceux prévus à l'article 26 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'. En effet, les possibilités de recours mentionnées à l'article 29bis de la loi ont, elles, été étendues à ces enquêtes de la CREG (article 7 du projet).

Le délégué a répondu à ce sujet :

« Une mission spéciale complémentaire a été confiée à la CREG par le dispositif, qui garantit en tant que tel à la CREG un réel pouvoir de contrôle défini à l'article 14, § 8, alinéas 22 à 25. Ce dispositif n'entend pas déroger aux autres compétences et missions de la CREG (telles qu'en matière de contrôle des prix, etc) ».

³⁰ Avis C.E. 58.448/3 du 16 novembre 2015 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité', points 7-8.

Il ne faudrait toutefois pas déroger aux missions et compétences existantes de la CREG en vertu de la loi du 29 avril 1999, mais dans le cadre de l'exécution des ces nouvelles missions, la CREG devrait aussi disposer de pouvoirs d'enquête similaires, en particulier en ce qui concerne l'accès à des documents éventuels qui seraient en possession des exploitants nucléaires et des sociétés. Si ceux-ci refusaient d'apporter leur collaboration à la demande de la CREG, la Commission des provisions nucléaires pourrait certes, sur la base de l'article 22bis, § 1^{er}, en projet, de la loi du 11 avril 2003, infliger une amende³¹, mais elle n'aurait pas pour autant accès aux informations susceptibles d'être essentielles à l'accomplissement de ses missions de contrôle et d'enquête, et, partant, au fonctionnement du mécanisme complexe de fixation de la contribution de répartition annuelle concrète.

Les auteurs devront soumettre cet élément à un nouvel examen.

5. Du point de vue de la technique législative, les dispositions en projet sont également sujettes à la critique.

À force d'insérer, année après année, de nouveaux alinéas dans l'article 14, § 8, de la loi du 11 avril 2003, cette disposition est à peine encore utilisable, ce qui a déjà conduit par le passé à des erreurs dans le nombre exact d'alinéas et donc dans les références croisées.

En outre, non seulement le projet prévoit à nouveau pour 2016 un mécanisme *ad hoc* faisant suite à celui instauré pour les années précédentes, mais il prévoit aussi un régime complexe pour la période 2017-2026. Il est par conséquent fortement conseillé d'au moins inscrire ce régime dans un nouveau paragraphe, ou, mieux, dans un nouvel article.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 8

6. L'article 8 du projet vise en fait à joindre des annexes à la loi du 11 avril 2003. Par conséquent, cette disposition doit être insérée avant l'article 7 du projet et être formulée comme suit :

« Dans la même loi, il est inséré les annexes 1 à 6 annexées à la présente loi ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT

³¹ La CREG a elle-même un pouvoir analogue inscrit à l'article 31 de la loi du 29 avril 1999, mais sans une intervention complémentaire du législateur, cette disposition ne s'applique pas non plus aux missions prévues dans les dispositions en projet.