



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.379/3
van 9 december 2016

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.379/3
du 9 décembre 2016

sur

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché de
l’électricité’

Op 31 oktober 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 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 29 november 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, 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 9 december 2016.

*

Le 31 octobre 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 ‘modifiant 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 29 novembre 2016. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, 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 9 décembre 2016.

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt er in de eerste plaats toe te bepalen in welke gevallen houders van een Belgische domeinconcessie voor een *offshore* windmolenpark moeten aansluiten op het *Modular Offshore Grid* (hierna: MOG), dit is de overeenkomstig artikel 13/1 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) uit te bouwen installatie voor de transmissie van elektriciteit in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht (zie artikel 2 van het ontwerp, waarin het MOG wordt omschreven). Het ontwerp betreft de houders van een domeinconcessie verleend na 1 juli 2007, waarvan de *financial close* plaatsgrijpt na 31 december 2016 (artikel 4, 3°). Houders van een domeinconcessie verleend na 1 juli 2007, waarvan de *financial close* plaatsgrijpt van 2 mei 2014 tot 31 december 2016, dienen in principe ook aan te sluiten, maar kunnen verzoeken om daarvan vrijgesteld te worden (artikel 4, 2°). Indien een aansluiting absoluut onmogelijk is, kunnen de productie-installaties rechtstreeks aangesloten worden op de bestaande installaties voor het transport van elektriciteit (artikel 4, 5°).

Het ontwerp strekt er bovendien toe om de bouw van het MOG en de overdracht ervan aan de netbeheerder te regelen (artikel 5), om de Koning te machtigen een vergoedingsregeling uit te werken voor het geval het MOG onbeschikbaar is alsook in de financiering van die regeling te voorzien (artikel 3), en om correcties en aanpassingen door te voeren in de Elektriciteitswet (artikel 4, 1° en 4°).

Daartoe worden wijzigingen aangebracht in de Elektriciteitswet.

VORMVEREISTEN

3. De regeling vervat in artikel 3 van het ontwerp vertoont kenmerken van een staatssteunregeling.

3.1. De regeling voorziet in de eerste plaats in een vergoeding van de domeinconcessiehouders ingeval het MOG onbeschikbaar is. Een dergelijke onbeschikbaarheid kan belangrijke schade veroorzaken voor de betrokken domeinconcessiehouders. Die schade is echter niet noodzakelijk toe te rekenen aan de overheid en reflecteert tot op zekere hoogte ook het economische risico, dat bij een concessie logischerwijze moet overgaan op de concessiehouders.

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

De ontworpen vergoedingregeling, gefinancierd met overheidsmiddelen,² kent bijgevolg een voordeel toe aan specifieke ondernemingen.³ Gelet op het gegeven dat de elektriciteit geproduceerd door de *offshore* windmolenparken wordt geïnjecteerd in een transmissiesysteem met grensoverschrijdende connecties, kan dit de mededinging op de gemeenschappelijke elektriciteitsmarkt verstoren en dus ook een impact hebben op de interstatelijke handel. Het gaat dan ook om potentiële staatssteun.

3.2. De maatregel kan ook worden gezien als een vorm van staatssteun in hoofde van de netbeheerder. Onder normale omstandigheden zou het economische risico, en de bijhorende aansprakelijkheid, voor de onbeschikbaarheid van het MOG moeten liggen bij de beheerder ervan, die overeenkomstig artikel 12 van de Elektriciteitswet vergoed wordt voor het beheer en het onderhoud van, en de investeringen in, het transmissienet, inclusief het MOG. Het voorliggende ontwerp strekt tot het gedeeltelijk overnemen van dat risico.

Er wordt weliswaar bepaald dat de Koning kan vastleggen in welke mate het financieringsmechanisme van toepassing is bij zware of opzettelijke fout van de netbeheerder, en dat in dat geval de vergoeding proportioneel zal worden berekend op grond van de jaarlijkse vergoeding die de transmissienetbeheerder van het MOG geniet. Niettemin impliceert dit dat bij elke andere reden voor de onbeschikbaarheid, het risico volledig overgaat op de Staat, en dat zelfs bij zware of opzettelijke fout een zekere mate van overheidstussenkomst niet is uitgesloten. Op die manier wordt een staatsgarantie toegekend aan de beheerder van het transmissienet, zonder dat daar een vergoeding tegenover staat.

Daaruit volgt dat aan een specifieke onderneming, de netbeheerder van het MOG, een voordeel wordt toegekend dat met staatsmiddelen wordt gefinancierd.

3.3. Gelet op wat voorafgaat moet het ontwerp worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), tenzij de stellers van het ontwerp zich op een vrijstellingsregeling zouden kunnen beroepen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

4. Zoals het ontworpen artikel 6/2, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet is geformuleerd, hangt bij een mogelijke aansprakelijkheid van de netbeheerder de hoogte van de vergoeding voor de houders van een domeinconcessie niet af van de grootte van de geleden

² Een verplichte toeslag op de tarieven, ook als die ten laste van de afnemers van de netbeheerders valt, kan aan de overheid worden toegerekend, zodat het steunmechanisme te beschouwen is als een maatregel die met staatsmiddelen wordt bekostigd (zie in die zin Ger. 10 mei 2016, T-47/15, Duitsland/Commissie, punten 34-42). Ook de tweede optie bepaald in het ontworpen artikel 6/2, § 2, van de Elektriciteitswet, namelijk “een heffing op het geheel of objectief bepaalde categorieën van energieverbruikers of marktoperatoren”, is een belasting, zodat ook in die hypothese de financiering met overheidsmiddelen gebeurt.

³ Een vergelijkbaar mechanisme bestaat niet voor van de *onshore* producenten van energie, ook al kan ook het *onshore* transmissienet geheel of gedeeltelijk onbeschikbaar zijn.

schade of van de mate van aansprakelijkheid van de netbeheerder,⁴ maar van de hoogte van de jaarlijkse vergoeding voor de verwezenlijking van het MOG. Deze beperking van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid moet, gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, verantwoord kunnen worden. Het is wenselijk de verantwoording in de memorie van toelichting uiteen te zetten.

5. Het ontworpen artikel 6/2, § 2, van de Elektriciteitswet bepaalt dat de vergoedingsregeling geheel of gedeeltelijk kan worden gefinancierd door een toeslag op de tarieven of door een heffing op de energieverbruikers of marktoperatoren. Elk besluit waarbij een toeslag of een heffing wordt ingesteld, wordt geacht nooit van kracht te zijn geworden indien het binnen twaalf maanden nadat het in werking is getreden, niet (bij wet) wordt bevestigd (lees: bekrachtigd).

Die toeslag of heffing zijn belastingen. Uit het legaliteitsbeginsel inzake belastingen, neergelegd in de artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet, vloeit voort dat de wetgever zelf alle wezenlijke elementen dient vast te stellen aan de hand waarvan de belastingschuld van de belastingplichtigen kan worden bepaald, zoals de categorieën belastingplichtigen, de grondslag van de belasting, de aanslagvoet of het tarief, en de eventuele vrijstellingen en verminderingen. Daaruit volgt dat elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van één van de essentiële elementen van de belasting, in beginsel ongrondwettig is. De voormelde grondwetsbepalingen gaan evenwel niet zover dat ze de wetgever ertoe zouden verplichten elk aspect van een belasting of van een vrijstelling zelf te regelen. Een aan een andere overheid verleende bevoegdheid is niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld. Tot de essentiële elementen van de belasting behoren de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen.⁵

Het Grondwettelijk Hof aanvaardt in welbepaalde omstandigheden dat met een mechanisme van bekrachtiging door de wetgever wordt gewerkt, waarbij ondanks het legaliteitsbeginsel inzake belastingen essentiële elementen van de belasting toch door de uitvoerende macht worden bepaald. Dat is met name het geval wanneer de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van een belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet zou in staat stellen om met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken.⁶

Aangezien de fiscale aangelegenheid een bevoegdheid is die bij de Grondwet aan de wet wordt voorbehouden en elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van één van de essentiële elementen van de belasting, in beginsel ongrondwettig is, is het niet toegestaan een

⁴ Het kan immers, zelfs bij zware of opzettelijke fout van de netbeheerder, gaan om een gedeelde aansprakelijkheid met een derde of de overheid (bv. het uitvallen van het MOG na een aanvaring door een beloodsd schip ingevolge een zware fout van de netbeheerder).

⁵ GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, B.6.

⁶ Zie bv.: GwH 17 juli 2003, nr. 100/2003, B.11.2; GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, B.16; GwH 27 mei 2008, nr. 83/2008, B.5.2.

dergelijk mechanisme in algemene zin op te zetten. Het gebruik ervan is slechts mogelijk als op basis van de concrete omstandigheden kan worden aangetoond dat de wetgever niet tijdig kan handelen en dit zolang die toestand aanhoudt, en onder de voorwaarden die in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof worden gesteld. In dit geval lijkt dit niet het geval te zijn, zodat het aan de wetgever toekomt om zelf de essentiële elementen van de belasting te bepalen.

Artikel 4

6. Artikel 4, 1°, van het ontwerp strekt tot het vervangen van de kruisverwijzing in artikel 7, § 2, eerste lid, van de Elektriciteitswet naar de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, door een verwijzing naar de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’⁷. Die laatste wet wordt echter opgeheven, met ingang van een door de Koning te bepalen datum, bij artikel 190 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en bij artikel 67, 1° en 4°, van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’. Er dient derhalve te worden overwogen om in plaats van te verwijzen naar een concrete wet, te werken met een generieke verwijzing naar de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

7. De scharnierdatum van 31 december 2016 (ontworpen artikel 7, § 2, derde lid, van de Elektriciteitswet) kan in principe slechts worden behouden indien de aan te nemen wet voor die datum tot stand komt en wordt bekendgemaakt.

8. De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over de feitelijke gegevens om na te gaan of het mechanisme vervat in het huidige artikel 7, § 2, vierde lid, van de Elektriciteitswet al dan niet al toepassing heeft gekregen. Indien dit effectief niet het geval is, zoals in de memorie van toelichting wordt bevestigd, is er geen bezwaar tegen de opheffing ervan.

Artikel 5

9. Het ontworpen artikel 7, § 3, van de Elektriciteitswet regelt de bouw van het MOG en de overdracht aan de netbeheerder. Er wordt in bepaald dat het MOG kan worden gebouwd door de netbeheerder of door een derde op initiatief of op verzoek van de netbeheerder en mits het akkoord van de netbeheerder. In dat laatste geval verwerft de netbeheerder er het bezit van uiterlijk twaalf maanden na de ingebruikstelling van de betrokken installaties. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) bepaalt de waarde van de installaties en de voorwaarden van de overdracht ervan aan de netbeheerder.

⁷ In de Nederlandse tekst van het ontwerp is het opschrift van de wet van 15 juni 2006 onjuist weergegeven.

De aldus ontworpen regeling spoort echter niet met richtlijn 2009/72/EG⁸ en de vrijheid van vestiging.

In de eerste plaats vertrekt het ontwerp, zoals de Europese Commissie in haar met redenen omkleed advies met betrekking tot de Belgische omzetting van het derde energiepakket heeft opgemerkt,⁹ vanuit de foutieve premisse dat er slechts één transmissienetbeheerder kan zijn, die het volledige net in eigendom bezit.¹⁰ De richtlijn gaat echter uit van de regel dat iedereen die in het bezit is van een transmissienet, handelt als een netbeheerder.¹¹ Dat betekent dat verschillende delen van het transmissienet in handen kunnen zijn van verschillende, afzonderlijk te certificeren netbeheerders, wat meer in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging. Die foute premisse kan bijgevolg de verplichting het MOG binnen twaalf maanden na de ingebruikneming ervan over te dragen aan de netbeheerder niet verantwoorden.

In de tweede plaats laat de ontworpen regeling de mogelijkheid open om derden te laten participeren in de bouw van het MOG. Het kan gaan om domeinconcessiehouders, waardoor het mogelijk is dat (minstens)¹² tot twaalf maanden na de ingebruikstelling de ontvlechtigingsvereisten van artikel 9 van de richtlijn niet worden nageleefd. Vanuit dit perspectief van mogelijke strijdigheid met de richtlijn is het echter te begrijpen dat die situatie niet lang mag duren en dat het MOG uiteindelijk moet worden overgedragen aan de transmissienetbeheerder. Die aanpak strookt evenwel hoe dan ook niet met de richtlijn, omdat in die hypothese de ontvlechtigingsvereisten tijdelijk niet moeten worden nageleefd. Indien de derden die het MOG hebben gebouwd of die aan de bouw ervan hebben meegeholpen wel aan de ontvlechtigingsvereisten voldoen, is er echter geen noodzaak om de overdracht verplicht te stellen. In dat geval kan de bezitter van het netwerk zelf als netbeheerder van het MOG worden gecertificeerd.

Indien een onderneming die aan de ontvlechtigingsvereisten voldoet, zich zou aanbieden voor het bouwen en exploiteren van het MOG, is het overigens niet evident dat de netbeheerder zich daartegen kan verzetten, zoals nochtans voortvloeit uit het ontworpen artikel 7, § 3, eerste lid, van de Elektriciteitswet. Dit probleem lijkt echter het gevolg te zijn van artikel 13/1 van de Elektriciteitswet, dat de domeinconcessie voor de bouw van een transmissienet op zee voorbehoudt aan de netbeheerder, zodat die als enige de eindverantwoordelijkheid voor het MOG moet dragen. Ook die bepaling zou dus moeten worden herzien in het licht van de bezwaren van de Europese Commissie.

⁸ Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’.

⁹ Met redenen omkleed advies ‘gericht tot het Koninkrijk België krachtens artikel 258 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wegens de onjuiste omzetting van Richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor, respectievelijk, elektriciteit en aardgas’ (document “C(2016) 997 final” van 25 februari 2016 – inbreukprocedure nr. 2014/2189), randnr. 25 e.v.

¹⁰ Zie ook adv.RvS 59.901/3 van 3 oktober 2016 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, in het bijzonder voetnoot 7, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2188/001, (34) 38.

¹¹ Artikel 9, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG.

¹² Ook daarna kunnen de gevolgen zich echter nog laten voelen, gedurende de financiële afwikkeling van de overdracht van het MOG.

In de derde plaats wordt de beheerder van het MOG in de tijd tussen de ingebruikstelling van het MOG en de overdracht ervan aan de netbeheerder blijkbaar niet afzonderlijk gecertificeerd, en zou hij daar in voorkomend geval, gelet op de schending van de ontvlechtigingsvereisten, ook niet voor in aanmerking kunnen komen. Omgekeerd houdt de overdracht van het MOG aan de netbeheerder eveneens een voor de certificering betekenisvol feit in.

Het ontwerp moet bijgevolg worden herwerkt om de regeling in overeenstemming te brengen met de systematiek van de certificering en met de autonome rol die de regulator daar overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de richtlijn bij heeft.

10. Het ontwerp regelt de verplichte aansluiting van nieuwe windmolenparken op het MOG. Daarentegen wordt niet voorzien in de mogelijkheid dat een van de bestaande windmolenparken in de toekomst ook toegang zou willen tot dat transmissienet. Gelet op artikel 32 van richtlijn 2009/72/EG moet dat worden verholpen.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a avant tout pour objet de déterminer dans quels cas les titulaires d'une concession domaniale belge pour un parc éolien *offshore* doivent se raccorder au *Modular Offshore Grid* (ci-après : MGO), c'est-à-dire, selon l'article 13/1 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité), les installations à développer pour la transmission d'électricité dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit maritime international (voir l'article 2 du projet, qui définit le MOG). Le projet concerne les titulaires d'une concession domaniale accordée après le 1^{er} juillet 2007, dont le *financial close* a lieu après le 31 décembre 2016 (article 4, 3^o). Les titulaires d'une concession domaniale accordée après le 1^{er} juillet 2007, dont le *financial close* a lieu entre le 2 mai 2014 et le 31 décembre 2016, doivent en principe se connecter aussi, mais peuvent demander à en être dispensés (article 4, 2^o). Si une connexion est absolument impossible, les installations de production peuvent se raccorder directement aux installations de transport d'électricité existantes (article 4, 5^o).

Le projet vise en outre à régler la construction du MOG ainsi que son transfert au gestionnaire de réseau (article 5), à habiliter le Roi à élaborer un régime d'indemnisation en cas d'indisponibilité du MOG ainsi qu'à prévoir le financement de ce régime (article 3), et à apporter des corrections et adaptations à la loi sur l'électricité (article 4, 1^o et 4^o).

Des modifications sont apportées à cet effet à la loi sur l'électricité.

FORMALITÉS

3. Le régime prévu à l'article 3 du projet présente des caractéristiques d'un régime d'aide d'État.

3.1. Le régime prévoit tout d'abord une indemnisation des titulaires d'une concession domaniale en cas d'indisponibilité du MGO. Une telle indisponibilité peut engendrer des dommages importants pour les titulaires d'une concession domaniale concernés. Ces dommages ne sont cependant pas nécessairement imputables à l'autorité et reflètent aussi, dans une certaine mesure, le risque économique, qui pour une concession doit logiquement être reporté sur ses titulaires. Le régime d'indemnisation en projet, financé au moyen de ressources d'État², accorde

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

² Une surcharge obligatoire appliquée sur les tarifs, même si celle-ci est à la charge des clients des gestionnaires de réseau, peut être imputée à l'autorité, de sorte qu'il y a lieu de considérer le régime de soutien comme une mesure financée au moyen de ressources d'État (voir dans ce sens Trib., 10 mai 2016, T-47/15, Allemagne/Commission,

par conséquent un avantage à des entreprises spécifiques³. Étant donné que l'électricité produite par les parcs éoliens *offshore* est injectée dans un réseau de transport disposant de connexions transfrontalières, il peut en résulter des distorsions de concurrence sur le marché communautaire de l'électricité et donc également un impact sur le commerce interétatique. Il s'agit dès lors d'une aide d'État potentielle.

3.2. La mesure peut également être perçue comme une forme d'aide d'État dans le chef du gestionnaire de réseau. Dans des circonstances normales, le risque économique, et la responsabilité y afférente, résultant de l'indisponibilité du MOG, devraient reposer sur le gestionnaire de celui-ci, qui conformément à l'article 12 de la loi sur l'électricité est indemnisé pour la gestion et l'entretien du réseau de transport ainsi que pour les investissements réalisés dans celui-ci, y compris le MOG. Le projet à l'examen porte sur la reprise partielle de ce risque.

Certes, il est prévu que le Roi peut déterminer dans quelle mesure le mécanisme de financement est d'application en cas de faute lourde ou intentionnelle du gestionnaire du réseau et que, dans ce cas, l'indemnisation sera calculée proportionnellement à la rémunération annuelle dont le gestionnaire de réseau du MOG bénéficie. Il n'en demeure pas moins que pour tout autre motif d'indisponibilité, le risque est entièrement reporté sur l'État, et que même en cas de faute lourde ou intentionnelle, une aide d'État n'est dans une certaine mesure pas exclue. De cette manière, une garantie de l'État est octroyée au gestionnaire du réseau de transport, sans contrepartie de sa part.

Il s'ensuit qu'un avantage, qui est financé au moyen de ressources d'État, est accordé à une entreprise spécifique, le gestionnaire du réseau du MOG.

3.3. Compte tenu de ce qui précède, le projet doit être notifié à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à moins que les auteurs du projet ne puissent invoquer un régime d'exemption.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

4. Compte tenu de la formulation de l'article 6/2, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi sur l'électricité, le montant de l'indemnisation des titulaires d'une concession domaniale ne dépend pas, en cas de responsabilité éventuelle du gestionnaire du réseau, de la gravité des dommages subis ni du degré de la responsabilité du gestionnaire du réseau⁴, mais du montant de

points 34-42). De même, la deuxième option prévue à l'article 6/2, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité, à savoir « un prélèvement sur l'ensemble, ou des catégories objectivement définies, de consommateurs d'énergie ou d'opérateurs sur le marché », est un impôt, de sorte que dans cette hypothèse également, le financement a lieu au moyen de ressources d'État.

³ Il n'existe pas de mécanisme comparable pour les producteurs d'énergie *onshore*, même si le réseau de transport *onshore* peut lui aussi être totalement ou partiellement indisponible.

⁴ Même en cas de faute lourde ou intentionnelle du gestionnaire de réseau, il peut en effet s'agir d'une responsabilité partagée avec un tiers ou l'autorité (par exemple la défaillance du MOG à la suite d'un abordage d'un navire piloté, consécutivement à une faute lourde du gestionnaire de réseau).

la rémunération annuelle pour la réalisation du MOG. Cette limitation de la responsabilité de droit commun doit pouvoir être justifiée au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Il est souhaitable d'insérer cette justification dans l'exposé des motifs.

5. L'article 6/2, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité dispose que le régime d'indemnisation peut être alimenté en tout ou partie par une surcharge appliquée sur les tarifs ou par un prélèvement sur les consommateurs d'énergie ou opérateurs sur le marché. Tout arrêté établissant une surcharge ou un prélèvement est censé ne jamais avoir produit d'effet s'il n'a pas été confirmé par la loi dans les douze mois de sa date d'entrée en vigueur.

Cette surcharge et ce prélèvement sont des impôts. Il résulte du principe de légalité en matière fiscale, consacré par les articles 170, § 1^{er}, et 172, alinéa 2, de la Constitution, que le législateur doit fixer lui-même tous les éléments essentiels permettant de déterminer la dette d'impôt des contribuables, tels que les catégories de contribuables, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition ou le tarif, et les exemptions ou réductions éventuelles. Il s'ensuit que toute délégation relative à la détermination d'un des éléments essentiels de l'impôt est en principe inconstitutionnelle. Les dispositions constitutionnelles précitées ne vont toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chacun des aspects d'un impôt ou d'une exemption. Une délégation conférée à une autre autorité n'est pas contraire au principe de légalité, pour autant qu'elle soit définie de manière suffisamment précise et qu'elle porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés préalablement par le législateur. Font partie des éléments essentiels de l'impôt, la désignation des contribuables, la matière imposable, la base d'imposition, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations d'impôt ⁵.

La Cour constitutionnelle admet dans certaines circonstances qu'on peut recourir à un mécanisme de confirmation par le législateur, par lequel, malgré le principe de légalité en matière fiscale, des éléments essentiels de l'impôt sont malgré tout fixés par le pouvoir exécutif. Tel est notamment le cas lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels d'un impôt parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général ⁶.

Dès lors que la matière fiscale est une compétence que la Constitution réserve à la loi et que toute délégation portant sur la détermination de l'un des éléments essentiels de l'impôt est, en principe, inconstitutionnelle, il n'est pas permis de mettre en place un tel mécanisme de manière générale. Son utilisation n'est possible que s'il peut être démontré, sur la base de circonstances concrètes, que le législateur n'est pas en mesure d'intervenir à temps, et ce aussi longtemps que cette situation persiste et aux conditions fixées dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce, si bien qu'il revient au législateur de déterminer lui-même les éléments essentiels de l'impôt.

⁵ C.C., 10 juillet 2014, n° 104/2014, B.6.

⁶ Voir par exemple : C.C., 17 juillet 2003, n° 100/2003, B.11.2 ; C.C., 13 mars 2008, n° 54/2008, B.16 ; C.C., 27 mai 2008, n° 83/2008, B.5.2.

Article 4

6. L'article 4, 1^o, du projet vise à remplacer, dans l'article 7, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, la référence croisée à la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services' par une référence à la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' ⁷. Cette dernière loi est cependant abrogée, à compter d'une date à fixer par le Roi, par l'article 190 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et par l'article 67, 1^o et 4^o, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'. Il convient dès lors d'envisager d'utiliser une référence générique à la législation relative aux marchés publics, plutôt que de faire référence à une loi concrète.

7. La date charnière du 31 décembre 2016 (article 7, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité) ne peut en principe être maintenue que si la loi dont l'adoption est envisagée se concrétise et est publiée avant cette date.

8. Le Conseil d'État, section de législation, ne dispose pas des éléments de fait lui permettant de vérifier si le mécanisme prévu à l'article 7, § 2, alinéa 4, actuel, de la loi sur l'électricité est déjà d'application ou non. Si tel n'est effectivement pas le cas, ainsi que le confirme l'exposé des motifs, il n'y a pas d'objection à ce qu'il soit abrogé.

Article 5

9. L'article 7, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité règle la construction du MOG et le transfert au gestionnaire de réseau. Il est prévu que le MOG peut être construit par le gestionnaire de réseau ou par un tiers, d'initiative ou à la demande du gestionnaire de réseau et moyennant l'accord de celui-ci. Dans ce dernier cas, le gestionnaire de réseau en acquiert la propriété au plus tard douze mois après la mise en service des installations concernées. La Commission de régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : CREG) détermine la valeur des installations et les modalités de leur transfert au gestionnaire de réseau.

Le dispositif ainsi conçu n'est cependant pas compatible avec la directive 2009/72/CE ⁸ et avec la liberté d'établissement.

Premièrement, comme la Commission européenne l'a observé dans son avis motivé relatif à la transposition belge du troisième paquet énergie ⁹, le projet se fonde sur une prémisse erronée selon laquelle il ne peut y avoir qu'un gestionnaire de réseau de transport qui est

⁷ Dans le texte néerlandais du projet, l'intitulé de la loi du 15 juin 2006 est reproduit de manière inexacte.

⁸ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE'.

⁹ Avis motivé 'adressé au Royaume de Belgique au titre de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en raison de la transposition incorrecte des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE concernant des règles communes pour, respectivement, le marché intérieur de l'électricité et celui du gaz naturel' (document « C(2016) 997 final » du 25 février 2016 – infraction n° 2014/2189), n° 25 et suivants.

propriétaire de la totalité du réseau¹⁰. La directive se base toutefois sur la règle selon laquelle quiconque possède un réseau de transport agit en qualité de gestionnaire de réseau¹¹. Cela signifie que différentes parties du réseau de transport peuvent appartenir à différents gestionnaires de réseau à certifier distinctement ce qui est plus conforme à la liberté d'établissement. Cette prémisse erronée ne peut par conséquent pas justifier l'obligation de transférer le MOG au gestionnaire de réseau dans les douze mois suivant sa mise en service.

Deuxièmement, le dispositif en projet prévoit la possibilité de faire participer des tiers à la construction du MOG. Il peut s'agir de titulaires d'une concession domaniale, de sorte qu'il est possible que les exigences de dissociation visées à l'article 9 de la directive ne soient pas respectées (au moins)¹² jusqu'à douze mois après la mise en service. Sous l'angle d'une incompatibilité éventuelle avec la directive, l'on comprend toutefois que cette situation ne peut perdurer et que le MOG doit finalement être transféré au gestionnaire de réseau de transport. Toutefois, cette approche n'est en tout cas pas conforme à la directive, en ce que, dans cette hypothèse, les exigences de dissociation ne doivent temporairement pas être respectées. Si les tiers qui ont construit le MOG ou ont participé à sa construction satisfont en revanche aux exigences de dissociation, il n'est cependant pas nécessaire de rendre le transfert obligatoire. Dans ce cas, le propriétaire du réseau peut lui-même être certifié en qualité de gestionnaire de réseau du MOG.

Si une entreprise qui répond aux exigences de dissociation devait se proposer pour la construction et l'exploitation du MOG, il ne semble du reste pas évident que le gestionnaire de réseau puisse s'y opposer, ainsi qu'il découle pourtant de l'article 7, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité. Ce problème semble toutefois résulter de l'article 13/1 de la loi sur l'électricité, qui réserve la concession domaniale pour la construction d'un réseau de transport en mer au gestionnaire de réseau, de sorte que celui-ci doit assumer seul la responsabilité finale du MOG. Cette disposition devrait donc également être revue à la lumière des objections formulées par la Commission européenne.

Troisièmement, le gestionnaire du MOG n'est manifestement pas certifié distinctement dans l'intervalle entre la mise en service du MOG et le transfert de celui-ci au gestionnaire de réseau, et, le cas échéant, ne pourrait dès lors pas non plus entrer en ligne de compte pour une telle certification en raison de la violation des exigences de dissociation. Inversement, le transfert du MOG au gestionnaire de réseau constitue également un fait significatif pour la certification.

Il y a par conséquent lieu de remanier le projet afin que le régime s'accorde avec la systématique de la certification et le rôle autonome que joue le régulateur à cet égard, conformément aux articles 10 et 11 de la directive.

¹⁰ Voir aussi l'avis C.E. 59.901/3 du 3 octobre 2016 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie', en particulier la note 7, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2188/001, pp. (34) 38.

¹¹ Article 9, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE.

¹² Cependant, les conséquences peuvent encore se faire sentir après ce délai, pendant le règlement financier du transfert du MOG.

10. Le projet règle la connexion obligatoire de nouveaux parcs éoliens au MOG. Par contre, il ne prévoit pas la possibilité qu'un des parcs éoliens existants souhaite aussi à l'avenir avoir accès à ce réseau de transport. Il convient d'y remédier, eu égard à l'article 32 de la directive 2009/72/CE.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT