



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 55.061/3
van 14 februari 2014

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging de wet van 29 april 1999
betreffende de organisatie van de
elektriciteitsmarkt wat betreft de
procedure van offerteaanvraag
voor de bouw van nieuwe
installaties voor
elektriciteitsproductie en de
financiering van maatregelen
betreffende de productie van
elektriciteit’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 55.061/3
du 14 février 2014

sur

un avant-projet de loi ‘modifiant la
loi du 29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché de
l’électricité en ce qui concerne la
procédure d’appel d’offres pour
l’établissement de nouvelles
installations de production
d’électricité et le financement de
mesures relatives à la production
d’électricité’

Op 15 januari 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt wat betreft de procedure van offerteaanvraag voor de bouw van nieuwe installaties voor elektriciteitsproductie en de financiering van maatregelen betreffende de productie van elektriciteit'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 28 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Lieven DENYS en Johan PUT, 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 14 februari 2014.

*

Le 15 janvier 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres pour l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité et le financement de mesures relatives à la production d'électricité'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 28 janvier 2014. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Lieven DENYS et Johan PUT, 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 14 février 2014.

*

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot wijziging van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) en van de organieke wet van 27 december 1990 ‘houdende oprichting van begrotingsfondsen’.

Allereerst wordt artikel 5, § 4, van de Elektriciteitswet gewijzigd (artikel 2 van het ontwerp). De wijzigingen strekken ertoe te bepalen, enerzijds, dat een met het oog op het plaatsen van een offerteaanvraag door de Algemene Directie Energie opgesteld bestek waarin wordt voorzien in stimuli, zal moeten worden goedgekeurd door de Ministerraad en, anderzijds, dat er voortaan twee mogelijke financieringswijzen voor die stimuli zijn: ofwel kiest de Ministerraad expliciet voor een financiering via een openbaredienstverplichting, ofwel – bij ontstentenis van een uitdrukkelijke keuze voor de eerste mogelijkheid – worden de stimuli gefinancierd op basis van de algemene rijksmiddelen.

Om die financiering door middel van kredieten ingeschreven op de rijksmiddelenbegroting mogelijk te maken, wordt vervolgens een artikel 5bis in de Elektriciteitswet ingevoegd met het oog op de creatie van een begrotingsfonds “flexibele elektriciteitsproductie” in de zin van artikel 62 van de wet van 22 mei 2003 ‘houdende organisatie van de begroting en de comptabiliteit van de federale Staat’ (artikel 3 van het ontwerp). Dat fonds wordt gespijsd met een derde van de vergoeding die krachtens artikel 4/1 van de wet van 31 januari 2003 ‘houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie’ betaald wordt aan de Staat.² Met dat doel wordt ook een tabel 32-21 ‘Fonds flexibele elektriciteitsproductie’ ingevoegd in de organieke wet van 27 december 1990 waarin de ontvangsten en de uitgaven van dat begrotingsfonds worden omschreven.

Ten slotte wordt ook een nieuw begrotingsfonds “windkrachtenergie in de Noordzee” gecreëerd, door het invoegen van een artikel 7, § 1ter, in de Elektriciteitswet (artikel 4 van het ontwerp). Dat fonds wordt gespijsd met de overige twee derden van de vergoeding die betaald wordt aan de Staat krachtens artikel 4/1 van de wet van 31 januari 2003. De bedoeling is om hiermee voor de consumenten de impact te verzachten van de stimuleringsmaatregelen ter

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

² Het gaat om de vergoeding die is ingevoerd bij artikel 4 van de wet van 18 december 2013 ‘houdende wijziging van de wet van 31 januari 2003 houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie en houdende wijziging van de wet van 11 april 2003 betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestaand in deze kerncentrales’, en die betaald moet worden door de eigenaars van de kerncentrale Tihange 1 als vergoeding voor de verlenging van de exploitatieduur van die centrale tot 30 september 2025.

bevordering van de elektriciteitsproductie uit windenergie op zee, door een deel van die stimuli voortaan uit de algemene rijksmiddelen te betalen en niet via openbaredienstverplichtingen. Hetzelfde artikel 4 van het ontwerp strekt ertoe met dat oogmerk ook een nieuwe tabel 32-22 'Fonds windkrachtenergie in de Noordzee' in de organieke wet van 27 december 1990 in te voegen, waarin de ontvangsten en de uitgaven van dat begrotingsfonds worden omschreven.

VORMVEREISTEN

3. Het gegeven dat de stimuli met algemene middelen kunnen worden gefinancierd, brengt met zich mee dat het om staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) kan³ gaan. In die hypothese wordt immers aan toekomstige elektriciteitsproducenten steun verleend uit staatsmiddelen. Dergelijke selectieve steunmaatregelen die, gelet op de toenemende integratie van de elektriciteitsmarkt, een effect kunnen hebben op de mededinging en de intracommunautaire handel, moeten bijgevolg worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU.

3.1. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft overigens al eerder opgemerkt dat de optie om de stimuli bedoeld in artikel 5, § 4, van de Elektriciteitswet te financieren met overheidsmiddelen, de kwalificatie van die stimuli als staatssteun met zich zou meebrengen.

Zo is in advies 53.818/3 het volgende opgemerkt:

“5.6. In de tweede plaats is ook de ontworpen regeling inzake de (financiële) stimuli niet in overeenstemming met de taakverdeling zoals die door de wetgever is uitgewerkt, en wordt er bovendien ten onrechte in staatssteun voorzien. Volgens de wet moet de offerteaanvraag – en dus ook het bestek dat wordt opgesteld door de Algemene Directie Energie –, aangeven welke stimuli in de concrete situatie nodig zijn, en komt het de Koning toe, overigens ter uitvoering van artikel 21 van de wet van 29 april 1999, de eventuele openbaredienstverplichtingen te bepalen die de financiering mogelijk maken van de hiervoor vermelde stimuli.

5.6.1. Daaruit volgt, ten eerste, dat het niet aan de Koning staat om te bepalen hoeveel steun kan worden toegekend, en hoe dat steunniveau moet worden berekend. Het gepaste steunniveau moet immers worden bepaald door de Algemene Directie Energie en worden opgenomen in het bestek van de offerteaanvraag waarvan het een wezenlijk onderdeel is. Bijgevolg is er geen rechtsgrond in artikel 5, § 4, van de wet van 29 april 1999 voor de artikelen 5, 6, 7 en 8 van het ontwerp.

5.6.2. Daaruit volgt, ten tweede, dat de Koning bovendien ook geen staatssteun mag toekennen, maar enkel, overeenkomstig het bepaalde in artikel 21 van de wet van 29 april 1999, een algemeen juridisch kader vermag vast te stellen om de financiering te verzekeren via openbaredienstverplichtingen.

Een dergelijke aanpak is in lijn met het arrest *PreussenElektra*⁴ van het Hof van Justitie, op basis waarvan maatregelen die via de netvergoedingen volledig ten laste

³ Het ontworpen artikel 5, § 4, derde lid, van de Elektriciteitswet is immers zo geconcipieerd dat bij stilzwijgen over de concrete financiering dient te worden uitgegaan van een financiering met overheidsmiddelen.

⁴ (Voetnoot 7 van het geciteerde advies) HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2029.

worden gelegd van de netgebruikers als vergoedingen voor openbardienstverplichtingen, kunnen ontsnappen aan de normale regels betreffende staatssteun omdat er geen staatsmiddelen worden ingezet.

Bovendien heeft de afdeling Wetgeving in zijn recente advies 53.605/3 van 18 juli 2013 over de voorgenomen 'banking' van groenestroomcertificaten – en zulks in het licht van de impact die de keuze voor een staatssteunregeling (in plaats van een vergoeding voor openbardienstverplichtingen) heeft op de begroting en op de Europeesrechtelijke kwalificatie van de maatregel –, uitdrukkelijk bevestigd dat voor het invoeren van een financiering ten laste van de begroting een specifieke rechtsgrond is vereist.

Zo overwoog de afdeling Wetgeving dat de Vlaamse Regering geen beroep kan doen op artikel 7.5.1. van het decreet 8 mei 2009 'houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid' (hierna 'Energiedecreet')⁵ om het instellen van een financieringsmechanisme ten laste van de Vlaamse begroting ter compensatie van de door de distributienetbeheerders gemaakte kosten van het 'banken' van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten, te verantwoorden:

'Weliswaar laat die bepaling toe om – zoals hier lijkt te worden beoogd – openbardienstverplichtingen op te leggen aan de netbeheerders, maar de impliciete eraan ten grondslag liggende veronderstelling lijkt te zijn dat de kosten die hieruit voortvloeien via de distributietarieven kunnen worden opgevangen.⁶ Indien echter een fundamentele nieuwe beleidskeuze wordt gemaakt door te opteren voor een financiering uit de algemene middelen, in plaats van voor het omslaan van de kosten, moet dit bij decreet gebeuren.'⁷

Die rechtsgrond ontbreekt hier.

Bijgevolg is er evenmin rechtsgrond voor artikel 10 van het ontwerp.

5.6.3. Voorts zij opgemerkt dat indien het ontwerp op een correcte wijze in een financieringsmechanisme voor de stimuli wil voorzien, namelijk in de vorm van openbardienstverplichtingen, over het ontwerp overleg moet worden gepleegd in de Ministerraad met toepassing van artikel 5, § 4, derde lid, van de wet van 29 april 1999.

Het ontwerp werd weliswaar aan de Ministerraad voorgelegd op 19 juli 2013, wat in de aanhef zou moeten worden vermeld, maar het ontwerp dat op die datum werd voorgelegd bevatte een staatssteunregeling die, zoals hoger is uiteengezet, onverenigbaar is met artikel 5, § 4, derde lid, van de wet van 29 april 1999.

Bijgevolg vereist het invoeren van een correct financieringsmechanisme dat het ontwerp opnieuw wordt voorgelegd aan de Ministerraad, voordat het opnieuw voor advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, wordt voorgelegd.

(...)

⁵ (Voetnoot 8 van het geciteerde advies) Art. 7.5.1 van het Energiedecreet bepaalt: "De Vlaamse Regering kan, na advies van de VREG, de leveranciers en netbeheerders openbardienst-verplichtingen opleggen inzake programma's ter bevordering van het rationeel energiegebruik en hernieuwbare energiebronnen, minimumnormen inzake rationeel energiegebruik bij hun afnemers en investeringen in kwalitatieve warmtekrachtinstallaties, installaties voor de productie van groene stroom, groenestroomcertificaten of warmtekrachtcertificaten."

⁶ (Voetnoot 9 van het geciteerde advies) Voetnoot 6 van advies 53.605/3: Zie artikel 12, § 5, eerste lid, 11°, van de wet van 29 april 1999.

⁷ (Voetnoot 10 van het geciteerde advies) Adv. RvS 53.605/3 van 18 juli 2013 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders'.

9. Indien er, ondanks hetgeen is opgemerkt *sub* 5.6. e.v., toch zou worden vastgehouden aan een financiering in de vorm van staatssteun, moet het ontwerp vooraf worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Er is geen reden om aan te nemen dat artikel 7 van richtlijn 2009/72/EG de toepassing van die bepaling zou uitsluiten, wat ook niet zou kunnen voor een richtlijn die gebaseerd is op artikel 95 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 114 van het VWEU), terwijl geen enkele andere horizontale of sectorspecifieke vrijstellingsregeling wordt ingeroepen.⁸

Indien er daarentegen gekozen wordt voor een financiering via openbardienstverplichtingen, zou het denkbaar zijn dat de bepalingen aan de kwalificatie 'staatssteun' ontsnappen op basis van het arrest *PreussenElektra*, zodat in dat geval niet moet worden aangemeld.⁹ Niettemin, gelet op de complexiteit van de voorliggende regeling en de draconische gevolgen van een onterechte niet-aanmelding, kan zelfs in dat geval worden aanbevolen om zekerheidshalve vooraf met de Europese Commissie contact op te nemen.

Los van de opmerkingen over de noodzaak om de staatssteunbepalingen van het ontwerp – zo er al rechtsgrond voor bestaat – vooraf aan te melden bij de Europese Commissie op basis van artikel 108, lid 3, VWEU, moet het hele ontwerp gelet op artikel 49, § 2, van richtlijn 2009/72/EG worden meegedeeld aan de Europese Commissie.

In voorkomend geval moet dan in de aanhef uiteraard ook worden aangegeven dat de aanmeldingsplicht is nageleefd, alsook de datum worden vermeld waarop de Europese Commissie heeft beslist de steunmaatregel verenigbaar te verklaren met het VWEU.”¹⁰

3.2. Niet alleen dit ontwerp zal moeten worden aangemeld, maar ook elke concrete beslissing om een offerte uit te schrijven waarin wordt voorzien in stimuli die betaald worden uit overheidsmiddelen.

4. Aangezien het ontwerp strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2009/72/EG¹¹, zal het overigens ook moeten worden meegedeeld aan de Europese Commissie op grond van artikel 49, lid 2, van die richtlijn.

5. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

⁸ (Voetnoot 17 van het geciteerde advies) De groepsvrijstellingen voor milieuvriendelijke energieproductie lijken gelet op de gekozen technologie en het feit dat in essentie exploitatiesteun wordt toegekend in elk geval ook niet toepasselijk. Gelet op de omvang van de steun – volgens de IF tussen de 20 en 140 miljoen euro – is ook geen vrijstelling mogelijk door de steunregeling te herwerken tot een compensatie van een openbardienstverplichting, nu de drempel (15 miljoen euro) van artikel 2 van besluit 2012/21/EU wordt overschreden.

⁹ (Voetnoot 18 van het geciteerde advies) HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2029.

¹⁰ Adv.RvS 53.818/3 van 30 september 2013 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 8 december 2013 'betreffende de modaliteiten van de procedure van offerteaanvragen aangenomen met toepassing van artikel 5 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

¹¹ 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'.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

6. Het opschrift moet worden aangevuld met de woorden “en tot wijziging van de organieke wet van 27 december 1990 houdende oprichting van begrotingsfondsen”.

Artikel 1

7. In artikel 1 van het ontwerp wordt terecht verwezen naar richtlijn 2009/72/EG. Het financieringsmechanisme dat het voorwerp is van het ontwerp strekt immers tot de financiering van een aanbestedingsprocedure in de zin van artikel 8 van die richtlijn.

In artikel 1 wordt echter ook verwezen naar richtlijn 2009/73/EG¹², die betrekking heeft op de aardgasmarkt. Het ontwerp heeft echter enkel betrekking op de elektriciteitsmarkt, zodat de verwijzing naar richtlijn 2009/73/EG dient te worden geschrapt.

8. In het advies dat op 20 januari 2014 is gegeven over het voorontwerp van wet ‘tot wijziging [van] de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarin een regeling is uitgewerkt om de bevoorradingszekerheid tijdens de winterperiode veilig te stellen, is opgemerkt dat indien niet in een specifiek financieringsmechanisme wordt voorzien voor het veilig stellen van de bevoorradingszekerheid, in het betrokken voorontwerp minstens een bepaling in de zin van artikel 5, § 4, tweede lid, van de Elektriciteitswet dient te worden opgenomen, waarin wordt bepaald dat de Koning overeenkomstig artikel 21 van dezelfde wet de openbardienstverplichtingen kan bepalen die de financiering van het mechanisme mogelijk maken.¹³ Voor zover die opmerking is gevolgd, dient op het volgende te worden gewezen.

In de eerste plaats moeten de stellers van het ontwerp zich ervan vergewissen of dat voorontwerp en het voorliggende ontwerp niet op elkaar moeten worden afgestemd.

In de tweede plaats zal in dat geval in artikel 1 van het ontwerp ook verwezen moeten worden naar richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 ‘inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen’.¹⁴

¹² Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG’.

¹³ Adv.RvS 54.884/3 van 20 januari 2014 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging [van] de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, opmerking 8.

¹⁴ Uit artikel 8, lid 2, van richtlijn 2005/89/EG volgt de verplichting voor de lidstaten om de Europese Commissie in kennis te stellen van de nationale bepalingen die zij vaststellen op het door de richtlijn bestreken terrein.

Artikelen 3 en 4

9. Het eerste deel van de artikelen 3 en 4 strekt tot wijziging van de Elektriciteitswet, terwijl het tweede deel van beide artikelen een wijziging bevat van de organieke wet van 27 december 1990. De wijzigingen aan beide wetten moeten worden onderscheiden, en dienen daarom te worden ondergebracht in afzonderlijke artikelen van het ontwerp.¹⁵

10. In de ontworpen bepalingen van de Elektriciteitswet die het voorwerp zijn van het eerste deel van de artikelen 3 en 4 van het ontwerp, moet worden verwezen naar artikel 4/1 (niet: “artikel 4bis”) van de wet van 31 januari 2003.

*

¹⁵ Zie: *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 118, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

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 s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTEE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité) et la loi organique du 27 décembre 1990 'créant des fonds budgétaires'.

Tout d'abord, le projet modifie l'article 5, § 4, de la loi sur l'électricité (article 2 du projet). Les modifications visent à préciser, d'une part, que lorsqu'un cahier des charges établi par la Direction générale Énergie en vue du lancement d'un appel d'offres contient des incitants, il devra être approuvé par le Conseil des ministres et, d'autre part, que deux modes de financement possibles existent désormais pour ces incitants soit le Conseil des ministres choisit explicitement un financement par la voie d'une obligation de service public, soit – si la première possibilité n'a pas été explicitement choisie – les incitants sont financés par les voies et moyens généraux de l'État.

Pour permettre ce financement au moyen de crédits inscrits au budget des voies et moyens, un article 5*bis* est ensuite inséré dans la loi sur l'électricité en vue de créer un fonds budgétaire « production flexible d'électricité » au sens de l'article 62 de la loi du 22 mai 2003 'portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral' (article 3 du projet). Ce fonds est alimenté par un tiers de la redevance versée à l'État en vertu de l'article 4/1 de la loi du 31 janvier 2003 'sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle' ². À cet effet, il est également inséré dans la loi organique du 27 décembre 1990 un tableau 32-21 'Fonds production flexible d'électricité', comportant une description des recettes et des dépenses de ce fonds budgétaire.

Enfin, un nouveau fonds budgétaire « production éolienne en Mer du Nord » est également créé, en insérant un article 7, § 1^{ter}, dans la loi sur l'électricité (article 4 du projet). Ce fonds est alimenté par les deux tiers restants de la redevance qui sont versées à l'État en vertu de l'article 4/1 de la loi du 31 janvier 2003. Il s'agit ainsi d'atténuer l'impact sur les consommateurs des incitants visant à favoriser la production d'électricité à partir de l'énergie éolienne en mer, en faisant désormais reposer le financement d'une partie de ceux-ci sur les voies et moyens généraux et non par le biais des obligations de service public. Pour ce faire, le même article 4 du projet vise également à insérer dans la loi organique du 27 décembre 1990 un nouveau tableau 32-22 'Fonds

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

² Il s'agit de la redevance qui a été instaurée par l'article 4 de la loi du 18 décembre 2013 'modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité et modifiant 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 qui doit être versée par les propriétaires de la centrale nucléaire de Tihange 1 en contrepartie de la prolongation de la durée d'exploitation de cette centrale jusqu'au 30 septembre 2025.

production éolienne en Mer du Nord', comportant une description des recettes et des dépenses de ce fonds budgétaire.

FORMALITES

3. Dès lors qu'ils peuvent être financés par des moyens généraux, les incitants pourraient être considérés comme une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)³. Dans cette hypothèse, les futurs producteurs d'électricité se voient en effet accorder une aide provenant de ressources publiques. De telles mesures d'aide sélectives qui, eu égard à l'intégration croissante du marché de l'électricité, peuvent avoir un effet sur la concurrence et sur le commerce intracommunautaire, doivent par conséquent être notifiées à la Commission européenne en application de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE.

3.1. Au demeurant, le Conseil d'État, section de législation, a déjà antérieurement observé que l'option de financer les incitants visés à l'article 5, § 4, de la loi sur l'électricité au moyen de ressources publiques, impliquerait que ces incitants soient qualifiés d'aide d'État.

C'est ainsi que dans l'avis 53.818/3, il a été observé ce qui suit :

« 5.6. Ensuite, le dispositif en projet concernant les incitants (financiers) n'est pas non plus conforme à la répartition des tâches voulue par le législateur et il prévoit en outre à tort des aides d'État. Selon la loi, l'appel d'offres – et donc également le cahier des charges établi par la Direction générale de l'Énergie – doit indiquer quels sont les incitants requis par la situation concrète, et il appartient au Roi, au demeurant conformément à l'article 21 de la loi du 29 avril 1999, de déterminer les éventuelles obligations de service public permettant de financer les incitants visés ci-dessus.

5.6.1. Il en résulte, tout d'abord, que ce n'est pas au Roi de déterminer le montant de l'aide qui peut être octroyée, ni comment le niveau d'aide doit être calculé. C'est en effet la Direction générale de l'Énergie qui doit en déterminer le niveau adéquat, lequel doit être mentionné dans le cahier des charges de l'appel d'offres dont il constitue un élément essentiel. L'article 5, § 4, de la loi du 29 avril 1999 ne procure par conséquent pas de fondement juridique aux articles 5, 6, 7 et 8 du projet.

5.6.2. Il en résulte ensuite que, de surcroît, le Roi ne peut pas non plus octroyer d'aide d'État, mais, conformément à ce que prévoit l'article 21 de la loi du 29 avril 1999, qu'il doit se borner à fixer un cadre juridique général en vue d'assurer le financement par la voie d'obligations de service public.

Une telle approche est conforme à l'arrêt *PreussenElektra*⁴ de la Cour de Justice, selon lequel des mesures qui par la voie d'indemnités dues pour l'utilisation du réseau sont totalement mises à la charge des utilisateurs du réseau au titre d'indemnités pour obligations de service public, peuvent échapper aux règles normales relatives aux aides d'État parce qu'il n'y a pas de transfert de ressources publiques.

³ L'article 5, § 4, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité est en effet conçu d'une manière qu'en l'absence de disposition réglant le financement concret, il faut considérer qu'il s'agit d'un financement par des moyens publics.

⁴ (Note 7 de l'avis cité) C.J.U.E., 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. 2001, I-2029.

En outre, dans son récent avis 53.605/3 du 18 juillet 2013 sur la mise en réserve envisagée des certificats d'électricité écologique, la section de législation a expressément confirmé, – et ce à la lumière de l'incidence que le choix d'une aide d'État (plutôt qu'une indemnité pour des obligations de service public) a sur le budget et la qualification de la mesure au regard du droit européen –, que l'instauration d'un financement à la charge du budget requiert un fondement juridique spécifique.

Ainsi, la section de législation a considéré que le Gouvernement flamand ne pouvait pas invoquer l'article 7.5.1. du décret du 8 mai 2009 'portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie' (ci-après : décret sur l'Énergie)⁵ pour instituer un mécanisme de financement à la charge du budget flamand en compensation des coûts de la mise en réserve des certificats d'électricité écologique et des certificats de cogénération exposés par les gestionnaires des réseaux de distribution :

(traduction) 'Cette dispositions permet certes – comme telle semble être ici l'intention – d'imposer des obligations de service public aux gestionnaires des réseaux, mais il semble qu'elle repose sur l'hypothèse implicite que les coûts qui en découlent peuvent être compensés par les tarifs de distribution⁶. Si cependant on opère un choix politique fondamentalement nouveau en optant pour un financement par les ressources générales plutôt que par la répartition des coûts, il faut le faire par décret'⁷.

Ce fondement juridique fait ici défaut.

Il s'ensuit que l'article 10 du projet est également dépourvu de fondement juridique.

5.6.3. Il faut en outre observer que si le projet veut prévoir un mécanisme de financement des incitants selon des modalités correctes, à savoir en imposant des obligations de service public, il doit faire l'objet d'une délibération en Conseil des ministres, en application de l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999.

Le projet a certes été soumis au Conseil des ministres le 19 juillet 2013, ce dont le préambule devrait faire mention, mais le projet présenté à cette date comportait un régime d'aides d'État qui, comme il a été indiqué ci-dessus, ne se concilie pas avec l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999.

Par conséquent, l'instauration d'un mécanisme de financement correct exige que le projet soit une nouvelle fois soumis au Conseil des ministres, avant de l'être à nouveau, pour avis, au Conseil d'État, section de législation.

(...)

9. Si un financement sous forme d'une aide d'État était quand même maintenu en dépit des observations formulées aux points 5.6. et s., le projet devrait être préalablement communiqué à la Commission européenne en application de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE).

⁵ (Note 8 de l'avis cité) L'article 7.5.1 du décret sur l'Énergie dispose : « Sur avis de la VREG, le Gouvernement flamand peut imposer des obligations de service public aux fournisseurs et aux gestionnaires de réseau en matière de programmes visant à promouvoir l'utilisation rationnelle de l'énergie et de sources d'énergie renouvelables, des exigences minimales en matière de l'utilisation de l'énergie rationnelle auprès de leurs clients et des investissements dans des installations de cogénération qualitative, des installations pour la production d'électricité écologique, des certificats d'électricité écologique ou des certificats de cogénération ».

⁶ (Note 9 de l'avis cité) Note 6 de l'avis 53.605/3 : Voir l'article 12, § 5, alinéa 1^{er}, 11°, de la loi du 29 avril 1999.

⁷ (Note 10 de l'avis cité) Avis C.E., 53.605/3 du 18 juillet 2013 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders'.

Il n'y a aucune raison d'admettre que l'article 7 de la directive 2009/72/CE exclurait l'application de cette disposition, ce qui ne pourrait pas non plus être le cas pour une directive basée sur l'article 95 du Traité instituant la Communauté européenne (actuellement l'article 114 du TFUE), alors qu'aucun autre régime de dispense horizontal ou spécifique au secteur n'est invoqué⁸.

Par contre, si l'on choisit un financement par la voie d'obligations de service public, il serait possible que les dispositions échappent à la qualification 'aide d'État' sur la base de l'arrêt *PreussenElektra*, de sorte que, dans cette hypothèse, la communication n'est pas nécessaire⁹. Néanmoins, eu égard à la complexité du dispositif à l'examen et aux conséquences importantes d'une communication qui n'aurait pas été opérée, à tort, il vaut mieux, même dans cette hypothèse, et par souci de sécurité juridique, prendre préalablement contact avec la Commission européenne.

Indépendamment des observations formulées quant à la nécessité de communiquer préalablement à la Commission européenne, sur la base de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, les dispositions du projet relatives aux aides d'État – s'il existe bien un fondement juridique à celles-ci – le projet sera, compte tenu de l'article 49, § 2, de la directive 2009/72/CE, communiqué dans son intégralité à la Commission européenne.

Le cas échéant, le préambule indiquera évidemment aussi que l'obligation de communication a été respectée et fera mention de la date à laquelle la Commission européenne a décidé de déclarer la mesure d'aide compatible avec le TFUE »¹⁰.

3.2. Il faudra non seulement notifier ce projet à l'examen, mais également toute décision concrète de lancer un appel d'offres qui prévoit des incitants financés par des ressources publiques.

4. Dès lors que le projet vise à transposer partiellement la directive 2009/72/CE¹¹, il devra du reste également être notifié à la Commission européenne sur le fondement de l'article 49, paragraphe 2, de cette directive.

5. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

⁸ (Note 17 de l'avis cité) Les dispenses de groupe pour la production d'énergie respectueuse de l'environnement ne semblent en tout cas pas non plus s'appliquer compte tenu du choix de la technologie et du fait qu'il est essentiellement accordé une aide à l'exploitation. Eu égard à l'ampleur de l'aide – selon l'IF entre 20 et 140 millions d'euros – aucune dispense n'est davantage possible en convertissant le régime d'aide en une compensation d'une obligation de service public dès lors que le seuil inscrit à l'article 2 de la décision 2012/21/UE (15 millions d'euros) est dépassé.

⁹ (Note 18 de l'avis cité) C.J.U.E. 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, Jur. 2001, I-2029.

¹⁰ Avis C.E. 53.818/3, du 30 septembre 2013 sur un projet devenu l'arrêté royal du 8 décembre 2013 'concernant les modalités de la procédure d'appel d'offres pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

¹¹ 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'.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

6. L'intitulé doit être complété par les mots « et modifiant la loi organique du 27 décembre 1990 créant des fonds budgétaires ».

Article 1^{er}

7. L'article 1^{er} du projet vise à juste titre la directive 2009/72/CE. Le mécanisme de financement qui fait l'objet du projet tend en effet à financer une procédure d'appel d'offres au sens de l'article 8 de cette directive.

Par contre, l'article 1^{er} vise également la directive 2009/73/CE¹², qui a trait au gaz naturel. Le projet ne concernant toutefois que le marché de l'électricité, la référence à la directive 2009/73/CE sera supprimée.

8. Dans l'avis qui a été donné le 20 janvier 2014 sur l'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', qui élabore un dispositif permettant d'assurer la sécurité d'approvisionnement pendant la période hivernale, il a été observé que si un mécanisme de financement spécifique n'est pas prévu pour assurer la sécurité d'approvisionnement, il convient à tout le moins d'inscrire dans l'avant-projet concerné une disposition au sens de l'article 5, § 4, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, précisant que, conformément à l'article 21 de la même loi, le Roi peut fixer les obligations de service public qui permettent le financement du mécanisme¹³. Dans la mesure où cette observation a été suivie, il faut attirer l'attention sur ce qui suit.

En premier lieu, les auteurs du projet doivent s'assurer qu'il n'y a pas lieu d'harmoniser cet avant-projet avec le projet à l'examen.

En deuxième lieu, l'article 1^{er} du projet devra dès lors également viser la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 'concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures'¹⁴.

Articles 3 et 4

9. La première partie des articles 3 et 4 a pour objet de modifier la loi sur l'électricité, tandis que la deuxième partie des deux articles comporte une modification de la loi organique du

¹² Directive 2009/73/CE du parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE'.

¹³ Avis C.E. 54.884/3 du 20 janvier 2014 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', observation 8.

¹⁴ L'article 8, paragraphe 2, de la directive 2005/89/CE impose aux États membres de communiquer à la Commission européenne les dispositions nationales qu'elles adoptent dans le domaine régi par la directive.

27 décembre 1990. Il faut distinguer les modifications apportées aux deux lois, et il s'impose par conséquent de les inscrire dans des articles distincts du projet ¹⁵.

10. Dans les dispositions en projet de la loi sur l'électricité qui font l'objet de la première partie des articles 3 et 4 du projet, il faut faire référence à l'article 4/1 (et non : « l'article 4bis ») de la loi du 31 janvier 2003.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

¹⁵ Voir : *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 118, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).