



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.970/1/V
van 31 juli 2013

over

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

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 53.970/1/V
du 31 juillet 2013

sur

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal [du]
16 juillet 2002 relatif à
l'établissement de mécanismes
visant la promotion de
l'électricité produite à partir
des sources d'énergie
renouvelables'

Op 29 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 30 juli 2013. De kamer was samengesteld uit Jan CLEMENT, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Pierre BARRA, staatsraden, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd 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 Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 juli 2013.

*

Le 29 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal [du] 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables’.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 30 juillet 2013. La chambre était composée de Jan CLEMENT, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Pierre BARRA, et Marleen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

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 Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 31 juillet 2013.

*

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

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

“Gelet op de hoogdringendheid, gemotiveerd door de inwerkingtreding op 1 juli 2013 van artikel 115 van de programmawet van 27 juni 2013, dat een mechanisme van degressiviteit en plafonnering invoert voor de zogenaamde ‘offshore-toeslag’ via een aanvulling van artikel 7, § 1 van de wet van 29 april 1999, en eveneens gemotiveerd door het feit dat onderhavig koninklijk besluit de nadere regels voor dit mechanisme van degressiviteit en plafonnering vastlegt en dat alle betrokken marktpartijen, zowel de eindafnemers, de netbeheerders, de commissie als de leveranciers, binnen de kortst mogelijke termijn dienen te kunnen beschikken over de nodige informatie en richtlijnen teneinde het gewijzigde artikel 7 § 1 van de wet van 29 april 1999 te kunnen uitvoeren en respecteren”.

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

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

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

4.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt in beginsel geboden door artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999. Bij artikel 7, § 1, eerste lid, 2°, van de voornoemde wet wordt de Koning gemachtigd om een mechanisme in te richten ter financiering van alle of een deel van de nettolasten die voortvloeien uit de in artikel 7, § 1, eerste lid, 1°, bedoelde maatregelen, waaronder de verplichting voor de netbeheerder om groenestroomcertificaten afgeleverd door de federale overheid aan te kopen. De bevoegdheid om met het oog daarop het

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

bekrachtigd koninklijk besluit van 16 juli 2002 te wijzigen, put de Koning uit artikel 7, § 1, vierde lid, van de voornoemde wet.

Anders is het evenwel voor het ontworpen artikel 14^{terdecies}, eerste tot derde lid, dat voorziet in “een inhouding van de 10 procent [zoals] bedoeld in artikel 14^{nonies}, § 7, tweede lid”. Artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 biedt immers geen rechtsgrond voor het opleggen van dergelijke sancties aan de betrokken elektriciteitsbedrijven, nog afgezien van de vraag of die sanctie wel proportioneel is, aangezien ze wordt opgelegd ongeacht de omvang en de aard van de vastgestelde onregelmatigheid. De ontworpen bepaling moet bijgevolg worden weggelaten uit het ontwerp. Overigens voorziet artikel 31 van de wet van 29 april 1999 reeds in een sanctieregeling middels administratieve geldboeten. Onterecht geclaimde terugbetalingen kunnen daarenboven op grond van artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 worden geweigerd of in overeenstemming met het gemeen recht worden teruggevorderd.

4.2. Overeenkomstig artikel 7, § 1, derde lid, van de voornoemde wet moet het te nemen besluit worden bekrachtigd binnen een termijn van twaalf maanden na de inwerkingtreding ervan.

Ter wille van de rechtszekerheid kan worden aanbevolen om die bekrachtiging uit te breiden tot de bepalingen over de federale toeslag die werden gewijzigd of ingevoegd bij het koninklijk besluit van 31 oktober 2008 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’, zoals ze door het ontworpen besluit worden gewijzigd.² Het koninklijk besluit van 31 oktober 2008 werd immers nooit bekrachtigd.

VORMVEREISTEN

5.1. De Raad van State meent te moeten herinneren aan hetgeen hij in advies 53.374/3³ heeft opgemerkt over het ontwerp dat heeft geleid tot de *sub* 3 vermelde wetswijziging, wat betreft de aanmelding van de ontworpen regeling bij de Europese Commissie:

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

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

Er wordt dus *prima facie* steun (een verlaging van de federale toeslag) verleend aan bepaalde ondernemingen die wordt gefinancierd met staatsmiddelen (ontvangsten uit

² Het betreft artikel 14, § 2, tweede lid, alsook de artikelen 14^{bis} tot 14^{terdecies} van het koninklijk besluit van 16 juli 2002, met dien verstande dat de artikelen 14^{septies} en 14^{octies} bij artikel 6 van het ontworpen besluit worden opgeheven.

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

de accijnzen en de vennootschapsbelasting) en aanleiding zou kunnen geven tot het vervalsen van de mededinging en het ongunstig beïnvloeden van het handelsverkeer tussen de lidstaten.”

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

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

De steunregeling aan de grote industriële afnemers vertoont sterke gelijkenissen met een Oostenrijkse steunregeling waarvan de Europese Commissie van mening was dat ze in strijd was met het recht van de Europese Unie⁴. Deze regeling stelde energie-intensieve ondernemingen vrij van de bijkomende kosten in verband met de wettelijke verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten. In haar beslissing stelde de Europese Commissie vast dat de maatregel een daling van de staatsmiddelen met zich meebracht, die op haar beurt een selectief voordeel bood aan energie-intensieve ondernemingen. Bijgevolg kon de regeling een negatieve invloed hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten en tevens de mededinging vervalsen (§ 113).

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

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

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

Daarbij moet zeker worden opgemerkt dat, zoals voor de federale bijdrage, de regeling van degressiviteit en plafonnering enkel van toepassing is op de ondernemingen die een sectorakkoord of ‘convenant’ hebben ondertekend, wat blijkbaar toelaat de steun te rechtvaardigen ten opzichte van de Richtsnoeren inzake staatssteun voor de bescherming van het milieu⁵. Terwijl de federale bijdrage een vrijstelling inhoudt die in lijn ligt met de bescherming van het milieu, stelt de CREG echter vast dat in het

⁴ Voetnoot 3 van de geciteerde toelichting bij het voorstel van de CREG: Besluit van de Commissie van 8 maart 2011 betreffende de staatssteun in de zaak C 24/09, *Publicatieblad van de Europese Unie*, 10 september 2011, L 235/42.

⁵ Voetnoot 4 van de geciteerde toelichting bij het voorstel van de CREG: *Publicatieblad van de Europese Unie*, 1 april 2008, C 82/1.

onderhavige geval de vrijstellingsmaatregel integendeel in strijd is met een regeling ter ondersteuning van hernieuwbare energiebronnen, en dus ter bescherming van het milieu.

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

Aangezien de voorgenomen steunmaatregel tot slot *in principe* een beperkte levensduur heeft (van 1 juli 2013 tot 31 december 2013) en de vrijgestelde bedragen bijgevolg relatief laag zijn, zou men kunnen pogen hem te rechtvaardigen in het licht van de Europese wetgeving betreffende *de-minimissteun*⁶. Uit de projecties van de CREG blijkt echter dat de steun toegekend aan bepaalde ondernemingen in het kader van de voorgenomen regeling het plafond van 200.000 euro toegelaten door deze reglementering, zal overschrijden.

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

5.2. De gemachtigde verklaarde reeds naar aanleiding van een vorige adviesaanvraag⁷ over het ontworpen besluit het volgende:

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

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

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

⁶ Voetnoot 5 van de geciteerde toelichting bij het voorstel van de CREG: Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, *Publicatieblad van de Europese Unie*, 28 december 2006, L 379/5.

⁷ Die geleid heeft tot advies 53.720/1/V van 19 juli 2013 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen’.

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

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

Zoals reeds werd uiteengezet in het voormelde advies 53.720/1/V, overtuigen de door de gemachtigde aangehaalde argumenten niet. Vooreerst gebeurt de financiering van de ondersteuning van de offshore energieproductie door de thans ontworpen regeling gedeeltelijk met overheidsmiddelen, aangezien de overheid voortaan een deel overneemt van de tarieftoeslag die strekt tot de financiering van certificaten van oorsprongsgarantie en groenestroomcertificaten voor elektriciteit geproduceerd uit water, stromen of winden in de zeegebieden waar België rechtsmacht kan uitoefenen.⁸ De degressiviteit en de plafonnering van de tarieftoeslag leiden er bovendien toe dat energie-intensieve bedrijven ter vrijwaring van hun concurrentiekracht een vermindering krijgen van parafiscale lasten, zoals de tarieftoeslag, die zij normaal verschuldigd zijn. Een dergelijke verlichting van parafiscale lasten vormt een afzonderlijke staatssteunmaatregel.⁹ Het Hof van Justitie heeft al geoordeeld dat de levering van energie tegen preferentiële voorwaarden aan ondernemingen die stoffelijke goederen produceren, als een steunmaatregel van de staat kan worden beschouwd.¹⁰

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

⁸ Om die reden heeft de Raad van State in het voormelde advies 53.374/3 over de ontworpen wijziging van artikel 7, § 1, van de wet van 29 april 1999 gesteld dat niet enkel de degressiviteit en plafonnering, zoals hierna wordt benadrukt, als vormen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU moeten worden beschouwd, maar dat het hele systeem van ondersteuning van offshore energieproductie in het licht van het arrest *PreussenElektra AG* van het Hof van Justitie voortaan de kenmerken van staatssteun vertoont, en bijgevolg ook als geheel moet worden aangemeld (zie adv.RvS 53.374/3 van 7 juni 2013 over een voorontwerp van wet ‘houdende wijzigingen van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, punt 5.2, met verwijzing naar HvJ 13 maart 2001, zaak C-379/98, *PreussenElektra AG*).

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

¹⁰ HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, punt 40.

gelijkenis met een Oostenrijkse regeling, die door de Europese Commissie juist wel als strijdig met het EU-recht werd aangemerkt.¹¹

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

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

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

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

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

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

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

54. Overigens blijkt, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, uit de toelichting op het wetsontwerp dat tot de omstreden nationale regeling heeft geleid, dat de toekenning van gunstige voorwaarden aan ondernemingen die stoffelijke goederen produceren, was bedoeld om hun concurrentievermogen, met name binnen de Gemeenschap, te waarborgen.”¹²

Evenzeer kan worden betwijfeld dat de voorgenomen steunmaatregel niet-selectief zou zijn. De doelgroep van de maatregel zijn immers energie-intensieve bedrijven, waarbij het voordeel bovendien sterk toeneemt voor de grootste energiegebruikers. In het bijzonder de

¹¹ Besluit van de Commissie van 8 maart 2011 betreffende de staatssteun in zaak C 24/09, *Pb.* 2011, L 235.

¹² HvJ 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, punten 48-54.

plafonnering biedt een beperkte groep erg energie-intensieve bedrijven een significant voordeel waarvan men bezwaarlijk kan aannemen dat het niet intentioneel zou zijn.

De Raad van State concludeert dan ook dat het voorliggende ontwerpbesluit wel degelijk strekt tot de tenuitvoerlegging van een regeling die alle kenmerken heeft van staatssteun en die als dusdanig overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Het ontworpen besluit kan geen doorgang vinden zolang de Europese Commissie zich niet definitief over de regeling heeft uitgesproken. Deze aanmelding sluit uiteraard niet uit dat de Europese Commissie de voorgenomen regeling uiteindelijk niet als een staatssteunregeling aanmerkt, of dat zij de regeling verenigbaar verklaart met de interne markt op basis van artikel 107, lid 3, VWEU. Die laatste beoordeling komt echter enkel aan de Europese Commissie toe,¹³ en impliceert dat de steun vooraf werd aangemeld. Indien deze aanmelding aanleiding geeft tot wijzigingen aan het ontwerp moet het opnieuw worden voorgelegd aan de Raad van State.

6. Het ontwerp heeft betrekking op een niet-opgesomde aangelegenheid van het energiebeleid. Bijgevolg moet over het ontwerp verplicht overleg worden gepleegd met de gewesten, zoals voorgeschreven in artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Uit het dossier blijkt niet dat een dergelijk overleg heeft plaatsgevonden. Indien dat nog niet gebeurd is, moet het alsnog gebeuren, en indien het overleg aanleiding geeft tot wijzigingen aan het ontwerp moet het opnieuw worden voorgelegd aan de Raad van State.

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

Het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit kan niet worden ingepast in één van de vrijstellingscategorieën bepaald in artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012 'houdende uitvoering van artikel 19/1, § 1, tweede lid van hoofdstuk V/1 van de wet van 5 mei 1997 betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling', zodat alsnog een voorafgaand onderzoek in voormelde zin dient te worden uitgevoerd. Indien uit dit voorafgaand onderzoek bovendien blijkt dat een effectbeoordeling in de zin van artikel 19/2 van dezelfde wet moet gebeuren, en als gevolg van die effectbeoordeling wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp moet het opnieuw worden voorgelegd aan de Raad van State.

¹³ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 52.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

8. De wijzigingen die worden aangebracht bij de artikelen 3 tot 5 van het ontwerp hebben tot gevolg dat, los van de tijdelijke degressiviteit en de plafonnering, de algemene berekeningswijze voor de federale toeslag met ingang van 1 juli 2013 wordt gewijzigd, ook al wordt het bedrag daarvan overeenkomstig artikel 14^{sexies} van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 uiterlijk op 15 december van het eraan voorafgaande jaar vastgesteld. Bijgevolg moet worden voorzien in een overgangsregeling om voor de periode tussen 1 juli 2013 en 31 december 2013 een aangepaste waarde voor de federale toeslag in te voeren.¹⁴

AANHEF

9. Het elfde lid van de aanhef moet worden geredigeerd als volgt:

“Gelet op het advies 53.320/3 van de Raad van State, gegeven op 15 mei 2013, het advies 53.720/1/V van de Raad van State, gegeven op 19 juli 2013, en het advies 53.970/1/V van de Raad van State, gegeven op 31 juli 2013, telkens met toepassing van het artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

DISPOSITIEF

Artikel 2

10. Aangezien in artikel 2 in een Arabische nummering wordt voorzien voor de nieuwe afdeling 2, moet ook de nummeringswijze van de bestaande afdeling I worden aangepast.

Artikelen 7 en 8

11. De ontworpen artikelen 14^{nonies} tot 14^{terdecies} moeten worden ingevoegd in afdeling 3 van hoofdstuk III, veeleer dan in afdeling 2 (dat wordt ingevoerd bij artikel 7 van het ontwerp).

*

¹⁴ Hiervoor kan inspiratie worden gevonden in artikel 10 van het voorstel van de CREG. Eventueel kan ook worden voorzien in een afwijking in een nieuw lid dat in artikel 14^{sexies} zelf wordt ingevoegd.

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

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

« Gelet op de hoogdringendheid, gemotiveerd door de inwerkingtreding op 1 juli 2013 van artikel 115 van de programmawet van 27 juni 2013, dat een mechanisme van degressiviteit en plafonnering invoert voor de zogenaamde 'offshore-toeslag' via een aanvulling van artikel 7, § 1 van de wet van 29 april 1999, en eveneens gemotiveerd door het feit dat onderhavig koninklijk besluit de nadere regels voor dit mechanisme van degressiviteit en plafonnering vastlegt en dat alle betrokken marktpartijen, zowel de eindafnemers, de netbeheerders, de commissie als de leveranciers, binnen de kortst mogelijke termijn dienen te kunnen beschikken over de nodige informatie en richtlijnen teneinde het gewijzigde artikel 7 § 1 van de wet van 29 april 1999 te kunnen uitvoeren en respecteren ».

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

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

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

L'arrêté en projet vise à apporter les modifications nécessaires à l'arrêté royal du 16 juillet 2002 'relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables', en exécution de la modification législative précitée. L'arrêté envisagé rétroagit au 1^{er} juillet 2013, à savoir la date à laquelle la modification législative est entrée en vigueur.

4.1. Le fondement juridique de l'arrêté en projet se trouve en principe à l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de cette loi habilite le Roi à établir un mécanisme pour financer tout ou partie des charges nettes qui découlent des mesures visées à l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, parmi lesquelles l'obligation faite au gestionnaire du réseau d'acheter des certificats verts octroyés par l'autorité fédérale. Le Roi trouve dans l'article 7, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi précitée, le pouvoir de modifier à cet effet l'arrêté royal confirmé du 16 juillet 2002.

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

Il en va cependant autrement en ce qui concerne l'article 14*terdecies*, alinéas 1^{er} à 3, en projet, qui prévoit «une retenue sur les 10 pour cent visés à l'article 14*nonies*, § 7, alinéa 2 ». L'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 ne procure en effet pas de fondement juridique permettant d'imposer de telles sanctions aux entreprises d'électricité concernées, sans encore évoquer la question de savoir si cette sanction est adéquatement proportionnée, dès lors qu'elle est infligée sans avoir égard à l'importance et à la nature de l'irrégularité constatée. La disposition en projet doit par conséquent être omise du projet. Au demeurant, l'article 31 de la loi du 29 avril 1999 prévoit déjà un régime de sanctions sous la forme d'amendes administratives. En outre, l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 permet de refuser des remboursements réclamés à tort ou de les récupérer conformément au droit commun.

4.2. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi précitée impose que l'arrêté envisagé soit confirmé dans un délai de douze mois suivant son entrée en vigueur.

La sécurité juridique commande d'étendre cette confirmation aux dispositions relatives à la surcharge fédérale qui ont été modifiées ou insérées par l'arrêté royal du 31 octobre 2008 'modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables', telles qu'elles sont modifiées par l'arrêté en projet ². L'arrêté royal du 31 octobre 2008 n'a en effet jamais été confirmé.

FORMALITÉS

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

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

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

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

² Il s'agit de l'article 14, § 2, alinéa 2, ainsi que des articles 14*bis* à 14*terdecies* de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, étant entendu que les articles 14*septies* et 14*octies* sont abrogés par l'article 6 de l'arrêté en projet.

³ Avis C.E. 53.374/3 du 7 juin 2013 sur un avant-projet de loi 'portant des modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

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

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

Le régime d'aide aux gros consommateurs industriels présente de larges similitudes avec un régime d'aide autrichien que la Commission européenne a considéré comme étant contraire au droit de l'Union européenne ⁴. Le régime en question consistait en une exemption des entreprises à forte intensité énergétique, de coûts supplémentaires liés à l'obligation légale d'achat d'électricité verte. Dans sa décision, la Commission européenne a constaté que la mesure entraînait une perte de ressources d'État procurant un avantage sélectif aux entreprises à forte intensité énergétique et qu'elle était dès lors susceptible d'avoir une incidence négative sur les échanges entre les États membres et de fausser le jeu de la concurrence (§ 113).

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

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

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

Certes, il convient de relever que, comme pour la cotisation fédérale, le régime de dégressivité et de plafonnement n'est applicable qu'aux entreprises ayant conclu un accord de branche ou 'convenant', ce qui semble permettre de justifier l'aide au regard des Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement ⁵. Toutefois, alors qu'il s'agit pour la cotisation fédérale d'une exonération s'inscrivant dans le cadre de la protection de l'environnement, la CREG constate qu'en l'espèce, la mesure d'exonération s'inscrit au contraire à l'encontre d'un régime de soutien aux énergies renouvelables, donc de protection de l'environnement.

En outre, il faut mentionner que la conclusion d'un accord de branche ou convenant n'est pas possible en région de Bruxelles-Capitale, cette région n'ayant pas introduit ce type de mesure dans sa législation. Certes, tel qu'il est rédigé, l'article 7, § 1^{er}, de la Loi électricité n'empêche pas les entreprises établies en Région de Bruxelles-Capitale de bénéficier de la mesure, puisqu'il est prévu que la mesure vaut pour

⁴ Note 3 du commentaire cité de la proposition de la CREG : Décision de la Commission du 8 mars 2011 concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09, *Journal Officiel de l'Union européenne*, 10 septembre 2011, L 235/42.

⁵ Note 4 du commentaire cité de la proposition de la CREG : *Journal Officiel de l'Union européenne*, 1^{er} avril 2008, C 82/1.

tous les clients finals ‘sauf ceux qui n’ont pas souscrit aux accords de branche ou convenant auxquels ils peuvent souscrire’ ; la conclusion de tels accords étant impossible en Région de Bruxelles-Capitale, les entreprises qui y sont établi[e]s bénéficieront donc automatiquement des diminutions de surcharge. L’objectif de protection de l’environnement n’est donc pas clairement établi. Le projet est en outre discriminatoire à cet égard.

Enfin, la mesure d’aide envisagée ayant une durée de vie *a priori* limitée (du 1^{er} juillet 2013 au 31 décembre 2013), et les montants exonérés étant de ce fait de relativement faible importance, on pourrait tenter de la justifier au regard de la réglementation européenne en matière d’aides *de minimis* ⁶. Il s’avère toutefois, d’après les projections effectuées par la CREG, que l’aide accordée à certaines entreprises dans le cadre du régime envisagé dépassera le plafond autorisé par cette réglementation – à savoir 200.000 €.

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

5.2. Le délégué avait déjà déclaré ce qui suit dans le cadre d’une demande d’avis antérieure ⁷ sur l’arrêté en projet:

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

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

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

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

⁶ Note 5 du commentaire cité de la proposition de la CREG : Règlement (CE) n° 1198/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l’application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis, *Journal Officiel de l’Union européenne*, 28 décembre 2006, L 379/5.

⁷ Qui a donné lieu à l’avis 53.720/1/V du 19 juillet 2013 sur un projet d’arrêté royal ‘modifiant l’arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l’établissement de mécanismes visant la promotion de l’électricité produite à partir des sources d’énergie renouvelables’.

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

Ainsi qu'il a déjà été exposé dans l'avis 53.720/1/V, précité, les arguments avancés par le délégué ne sont pas convaincants. Tout d'abord, le régime actuellement en projet finance le soutien de la production d'énergie offshore partiellement au moyen de fonds publics, l'autorité prenant dorénavant à sa charge une partie de la surcharge tarifaire qui vise à financer les certificats de garantie d'origine et les certificats verts pour l'électricité produite à partir de l'eau, des courants ou des vents dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction⁸. En outre, la dégressivité et le plafonnement de la surcharge tarifaire aboutissent à ce que, pour préserver leur compétitivité, des entreprises à forte intensité énergétique obtiennent une diminution des charges parafiscales, comme la surcharge tarifaire, dont elles sont normalement redevables. Pareil allègement de charges parafiscales constitue une mesure distincte d'aide d'État⁹. La Cour de Justice a déjà jugé que la fourniture d'énergie à des conditions préférentielles à des entreprises productrices de biens corporels peut être considérée comme une mesure d'aide d'État¹⁰.

Par ailleurs, le fait que le Conseil d'état ou la Commission européenne ont considéré par le passé des mesures similaires comme des aides d'État n'est pas déterminant pour apprécier si une mesure doit être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. Indépendamment du fait que tant l'ampleur que l'objectif de la cotisation fédérale sont différents, de sorte que l'on ne peut en tout cas pas en tirer des conclusions, la circonstance que la Commission européenne a accepté des systèmes similaires à l'étranger n'est pas non plus décisive. Au demeurant, la CREG, dans les commentaires de sa proposition, relève des similitudes avec un régime autrichien que la Commission européenne a effectivement considéré comme contraire au droit de l'Union européenne¹¹.

⁸ C'est pourquoi le Conseil d'État a relevé, dans l'avis 53.374/3, précité, sur la modification en projet de l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999, que non seulement la dégressivité et le plafonnement, comme il est souligné ci-après, doivent être considérés comme des formes d'aides d'État au sens de l'article 107 du TFUE, mais que l'ensemble du système de soutien de la production d'énergie offshore, au regard de l'arrêt *PreussenElektra AG* de la Cour de Justice, présente dorénavant les caractéristiques d'une aide d'État et doit dès lors également être notifié dans son ensemble (voir l'avis C.E. 53.374/3 du 7 juin 2013 sur un avant-projet de loi 'portant des modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', point 5.2, avec référence à la C.J.U.E., 13 mars 2001, affaire C-379/98, *PreussenElektra AG*).

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

¹⁰ C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, point 40.

¹¹ Décision de la Commission du 8 mars 2011 concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09, *J.O.U.E.*, 2011, L 235.

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

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

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

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

51. À cet égard, rien dans la législation nationale en cause au principal ne permet d'analyser le régime de remboursement réservé aux entreprises produisant principalement des biens corporels comme une mesure purement temporaire permettant leur adaptation progressive au nouveau régime, en raison du fait qu'elles seraient proportionnellement plus touchées par celui-ci, ainsi que le soutient le gouvernement autrichien.

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

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

54. Au demeurant, comme l'a relevé à juste titre la Commission, il ressort de l'exposé des motifs du projet ayant abouti à la législation nationale en cause au principal que l'octroi de conditions avantageuses au secteur des entreprises productrices de biens corporels était destiné à préserver sa compétitivité, notamment à l'intérieur de la Communauté »¹².

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

¹² C.J.U.E., 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, points 48-54.

Le Conseil d'État en conclut dès lors que le projet d'arrêté à l'examen vise bel et bien à mettre en œuvre un régime présentant toutes les caractéristiques de l'aide d'État qui doit être notifié en tant que tel à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. L'arrêté en projet ne peut se concrétiser aussi longtemps que la Commission européenne n'aura pas statué définitivement sur le régime. Certes, cette notification n'exclut pas qu'en définitive, la Commission européenne ne qualifie pas le régime envisagé de régime d'aides d'État ou qu'elle le déclare compatible avec le marché intérieur, sur la base de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE. Toutefois, cette dernière appréciation relève de la compétence exclusive de la Commission européenne¹³ et implique que l'aide a été préalablement notifiée. Si cette notification donne lieu à des modifications du projet, celui-ci doit à nouveau être soumis au Conseil d'État.

6. Le projet concerne une matière qui n'est pas énumérée dans le cadre de la politique de l'énergie. Le projet doit par conséquent obligatoirement faire l'objet d'une concertation avec les régions, comme le prescrit l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Il ne ressort pas du dossier que cette concertation a eu lieu. Si cette formalité n'a pas été respectée, il faudra encore l'accomplir et si la concertation donne lieu à des modifications du projet, il faudra à nouveau le soumettre au Conseil d'État.

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

Le projet d'arrêté royal à l'examen ne s'inscrit dans aucune des catégories de dispenses prévues à l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012 'portant exécution de l'article 19/1, § 1^{er}, deuxième alinéa, du chapitre V/1 de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable', de sorte qu'un examen préalable au sens susvisé doit encore avoir lieu. Si cet examen préalable devait en outre révéler qu'une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/2 de la même loi est nécessaire et si, consécutivement à cette évaluation d'incidence, des modifications devaient être apportées au texte du projet, il y aurait lieu de le soumettre à nouveau au Conseil d'État.

¹³ C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-119/05, *Lucchini*, point 52.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

8. Les modifications apportées par les articles 3 à 5 du projet ont pour effet, indépendamment de la dégressivité temporaire et du plafonnement, de modifier le mode de calcul général de la surcharge fédérale avec effet au 1^{er} juillet 2013, encore que, conformément à l'article 14^{sexies} de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, son montant soit arrêté au plus tard le 15 décembre de l'année qui précède. Il convient par conséquent de prévoir un régime transitoire afin d'introduire une valeur adaptée de la surcharge fédérale pour la période située entre le 1^{er} juillet 2013 et le 31 décembre 2013 ¹⁴.

PRÉAMBULE

9. Le onzième alinéa du préambule sera rédigé comme suit :

« Vu l'avis 53.320/3 du Conseil d'État, donné le 15 mai 2013, l'avis 53.720/1/V du Conseil d'État, donné le 19 juillet 2013, et l'avis 53.970/1/V du Conseil d'État, donné le 31 juillet 2013, chaque fois en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ; ».

DISPOSITIF

Article 2

10. Dès lors que l'article 2 prévoit une numérotation arabe pour la nouvelle section 2, il faut adapter le mode de numérotation de la section I existante.

Articles 7 et 8

11. Les articles 14^{nonies} à 14^{terdecies}, en projet, doivent être insérés dans la section 3 du chapitre III, plutôt que dans la section 2 (qui est insérée par l'article 7 du projet).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marleen VERSCHRAEGHEN

Jan CLEMENT

¹⁴ À cet effet, on peut s'inspirer de l'article 10 de la proposition de la CREG. On peut éventuellement également prévoir une dérogation dans un nouvel alinéa qui serait inséré dans l'article 14^{sexies} proprement dit.