



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.228/1
van 6 november 2017

avis 62.228/1
du 6 novembre 2017

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot opstelling van een
waarborgprogramma voor de
wettelijke aansprakelijkheid op
het gebied van de kernenergie'

un projet d'arrêté royal
'établissant un programme de
garantie de la responsabilité
civile dans le domaine de
l'énergie nucléaire'

Op 4 oktober 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot opstelling van een waarborgprogramma voor de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 26 oktober 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPs, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 november 2017.

*

Le 4 octobre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘établissant un programme de garantie de la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 26 octobre 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Chantal BAMPs, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 novembre 2017.

*

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 rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de voorwaarden te bepalen waaronder kernexploitanten, inclusief vervoerders, een beroep kunnen doen op het waarborgprogramma voor de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van kernenergie, zoals bedoeld in artikel 10/1 van de wet van 22 juli 1985 ‘betreffende de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie’.

Het gaat om een subsidiaire waarborgregeling, tegen betaling van vergoedingen die de gewone marktprijs te boven gaan, waarbij de kernexploitanten de segmenten van hun aansprakelijkheid onder de voornoemde wet van 22 juli 1985, die ze niet kunnen afdekken, aan redelijke voorwaarden op de verzekeringsmarkt kunnen laten waarborgen door de Staat, die echter achteraf de eventueel aan de slachtoffers van een kernongeval uitgekeerde bedragen van de kernexploitant kan terugvorderen. Het ontwerp komt derhalve in de eerste plaats neer op een waarborgregeling en niet op het regelen van een verzekeringsovereenkomst.

Het merendeel van de bepalingen van het ontwerp treedt in werking op dezelfde datum als artikel 2, b), van de wet van 7 december 2016 ‘tot wijziging van de wet van 22 juli 1985 betreffende de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie’. Overeenkomstig artikel 7 van die wet zou dat op 1 januari 2018 moeten gebeuren, maar bij de Raad van State, afdeling Wetgeving, is advies uitgebracht over een ontwerp van koninklijk besluit dat die datum uitstelt tot 1 januari 2019, omdat de inwerkingtreding van het Protocol van 12 februari 2004¹ – dat mee de aanleiding was voor de waarborgregeling – verder op zich laat wachten.²

3.1. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt, bij wijze van rechtsgrond, verwezen naar de artikelen 10/1 en 22 van de voornoemde wet van 22 juli 1985.

3.2. Artikel 10/1, § 1, derde lid, van de wet van 22 juli 1985 bevat een bevoegdheidsdelegatie aan de Koning om bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de termen en voorwaarden vast te stellen voor het toekennen van de waarborg. Artikel 10/1, § 2, van dezelfde wet, bevat bovendien de delegatie voor het bepalen van de

¹ Protocol ‘houdende wijziging van het Verdrag van 31 januari 1963 tot aanvulling van het Verdrag van Parijs van 29 juli 1960 inzake wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie, zoals gewijzigd bij het Aanvullend Protocol van 28 januari 1964 en bij het Protocol van 16 november 1982, gedaan te Parijs op 12 februari 2004’.

² Adv.RvS 62.257/3 van 30 oktober 2017 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de inwerkingtreding van sommige bepalingen van de artikelen 5 en 7 van de wet van 7 december 2016 tot wijziging van de wet van 22 juli 1985 betreffende de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie’.

vergoeding. Samen lijken die bepalingen zowel betrekking te kunnen hebben op de procedurele en materiële voorwaarden voor de toekenning van de waarborg, als op de gevallen en de wijze waarop er een beroep op kan worden gedaan.

Sommige bepalingen van het ontwerp, zoals die betreffende de verplichtingen inzake verzekeringsbeheer (hoofdstuk 8), hebben slechts incidenteel een band met de termen en voorwaarden van de waarborg. De gemachtigde verstrekke in dit verband evenwel de volgende toelichting:

« Les ‘termes et conditions’ de la garantie d’État ont été établis de manière telle que l’intervention de l’État reste subsidiaire par rapport au marché de l’assurance. Ceci impose de fixer certaines règles relatives aux assurances qui doivent être souscrites par l’exploitant et à la gestion de ces assurances. Les dispositions du chapitre 8 du projet rentrent dès lors bien dans la sphère des ‘termes et conditions’ de la garantie et dans les limites de l’habilitation. »

Rekening houdend met de aangehaalde toelichting kan worden aangenomen dat ook de desbetreffende bepalingen van het ontwerp kunnen worden ingepast in de rechtsgrond biedende bepaling van artikel 10/1 van de wet van 22 juli 1985.

3.3. Artikel 22 van de wet van 22 juli 1985 vormt geen rechtsgrond voor het ontwerp. Het artikel bevat immers geen delegatie aan de Koning en regelt bovendien net de situatie waarin de Staat de onverzekerde kernschade die niet is vergoed door middel van een verzekering of andere financiële zekerheid vergoedt tot het bedrag van de aansprakelijkheid van de kernexploitant. De voorliggende waarborg geldt volgens artikel 5 van het ontwerp echter net als “andere financiële zekerheid”.³

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Naast andere adviesorganen bracht de Commissie voor Verzekeringen op 15 juni 2017 advies uit over de ontworpen regeling. In dat advies worden diverse vragen opgeworpen en bezwaren geformuleerd. De gemachtigde verwijst in dit verband naar de antwoorden en verduidelijkingen die hij eerder, in reactie op het advies van de Commissie voor Verzekeringen, meedeelde aan de Inspectie van Financiën.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft van de door de gemachtigde verstrekte antwoorden en verduidelijkingen kennis genomen en suggereert om deze, waar nuttig, in de commentaar die in het verslag aan de Koning bij de onderscheiden artikelen van het ontwerp wordt gegeven, te integreren. Op die wijze kunnen dan tevens onduidelijkheden worden uitgeklaard die in het advies van de Commissie voor Verzekeringen werden aan het licht gebracht.

³ De door de gemachtigde op dit punt verstrekte toelichting doet geen afbreuk aan de vaststelling dat artikel 22 van de wet van 22 juli 1985 de ontworpen regeling niet tot rechtsgrond strekt. De gemachtigde deelde immers het volgende mee: “Les deux dispositions, l’article 10/1 et l’article 22, doivent nécessairement se lire conjointement l’une avec l’autre. L’article 22 impose en effet en toute hypothèse à l’État de couvrir les dommages nucléaires non assurés et la garantie émise conformément à l’article 10/1 ne fait que confirmer cela. C’est ce qui explique la référence aux deux dispositions.”

Bepaalde onduidelijkheden nopen de stellers van het ontwerp volgens de Raad van State, afdeling Wetgeving, evenwel tot een aanpassing van de tekst ervan. Dit is het geval voor de bepalingen vermeld *sub* 4.2 tot 4.4.

4.2. In artikel 22 van het ontwerp wordt niet met zoveel woorden het geval beoogd van een tekort in de *quota share*, hoewel het duidelijk de bedoeling is dat ook in dat geval de factor 1,15 wordt toegepast. Er zou kunnen worden opgemerkt dat aangezien de totale aansprakelijkheid van de exploitant in elk geval begrensd is tot 1 200 000 000 euro, elke *quota share loss*, uiteindelijk ook een vorm van *excess loss* met zich meebrengt. Niettemin wordt die situatie ter wille van de duidelijkheid het best ook in de tekst van artikel 22 van het ontwerp zelf geëxpliciteerd.

4.3. Het gebruik der tijden bij de redactie van artikel 29 van het ontwerp is verwarrend en wekt de indruk dat iets tezelfdertijd verzekerd en niet verzekerd is. Bijgevolg wordt voor artikel 29, 2°, van het ontwerp, de volgende redactie ter overweging gegeven:

“2° voor zover dat het PML met betrekking tot dit kernongeval op het moment van het kernongeval gedekt was door verzekeringen en deze verzekeringen na het kernongeval niet of niet volledig hernieuwd werden, wordt het PML aangerekend op het bedrag van de verzekeringsdekking van de exploitant, om het verzekeringsdeficit en de waarborgprovisie te berekenen.”

4.4. De onafhankelijkheidseisen voor de marktdeskundige zouden in artikel 31 van het ontwerp moeten worden ingeschreven.

5. Er werd *sub* 2 reeds op gewezen dat het ontworpen koninklijk besluit in de eerste plaats een waarborgregeling bevat. Indien desondanks ervoor wordt geopteerd om verzekeringsrechtelijke termen te gebruiken, dient dit op een consequente wijze te gebeuren d.w.z. dat moet worden vermeden om verzekeringstermen te gebruiken en daaraan in sommige bepalingen van het ontwerp een specifieke verzekeringsrechtelijke betekenis te hechten en in andere bepalingen een andere betekenis. Een consequente terminologische keuze dringt zich trouwens op in zowel de Nederlandse als de Franse tekst van het ontwerp.⁴

⁴ Zo wordt in bijvoorbeeld artikel 30 van het ontwerp in de Nederlandse tekst melding gemaakt van een “provisie”, waarmee in de Franse tekst de term “commission” overeenstemt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. Ermee rekening houdend dat artikel 22 van de wet van 22 juli 1985 de ontworpen regeling niet tot rechtsgrond strekt (zie de opmerking *sub* 3.3), volstaat het om het eerste lid van de aanhef van het ontwerp te redigeren als volgt:

“Gelet op de wet van 22 juli 1985 betreffende de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie, artikel 10/1, ingevoegd bij de wet van 29 juni 2014;”.⁵

7. Men passe de redactie van het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar het advies van de Raad van State aan als volgt:

“Gelet op advies 62.228/1 van de Raad van State, gegeven op 6 november 2017, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

Artikel 2

8. In artikel 2, § 1, 21°, van het ontwerp, wordt het begrip “meerderheid van de exploitanten” omschreven als “een of meerdere exploitanten die meer dan 50% van de totale aan de Staat verschuldigde waarborgprovisies vertegenwoordigen voor de laatste jaarperiode waarvoor de waarborgprovisies werden berekend, ook al was dit ten voorlopige titel”.

Deze omschrijving lijkt de mogelijkheid in zich te sluiten dat de “meerderheid van de exploitanten” wordt uitgemaakt door slechts één enkele exploitant, zijnde in de praktijk de exploitant van de kerncentrales van Doel en Tihange.

Dergelijke mogelijkheid wordt door de gemachtigde erkend en als volgt toegelicht:

“C’est exact, il peut arriver qu’Electrabel constitue à elle seule la ‘majorité des exploitants’. C’est la raison pour laquelle le projet n’accorde un rôle à une telle majorité que dans des circonstances limitées et spécifiques, concernant essentiellement les paramètres de calcul de la commission (le critère de détermination de cette majorité étant précisément basé sur la part de chaque exploitant dans le total des commissions). En particulier, une telle majorité n’a aucun rôle quant à la détermination de la commission due par les transporteurs en vertu de l’article 39 du projet ; il n’est donc pas nécessaire ni même utile que la majorité soit représentative des transporteurs.”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting ten spijt blijft de vraag of er zich geen gevallen kunnen voordoen waarbij de omschrijving van het begrip “meerderheid van de exploitanten”, in artikel 2, § 1, 21°, van het ontwerp, tot gevolg kan hebben dat kleinere exploitanten van kerncentrales geconfronteerd worden met voor hen nadelige beslissingen

⁵ Indien de stellers van het ontwerp de verwijzing naar artikel 22 van de wet van 22 juli 1985 zouden willen behouden omdat dergelijke verwijzing volgens hen nuttig is voor een goed begrip van de ontworpen regeling, dient aan het eerste lid van de aanhef van het ontwerp de volgende zinsnede te worden toegevoegd “, en artikel 22, gewijzigd bij de wet van 29 juni 2014;”.

waarop zij geen invloed kunnen uitoefenen en waartegen voor hen geen voldoende rechtsmiddelen openstaan.

Zo is er het geval van de vaststelling van de door de minister voorgestelde nieuwe marktindex die definitief wordt als de meerderheid van de exploitanten ermee instemt (artikel 23, derde lid, van het ontwerp). Waar de dominante kernexploitant zijn instemming kan onthouden en zo de tussenkomst van de marktdeskundige en verdere onderhandelingen kan afdwingen,⁶ geldt dit niet voor de andere kernexploitanten, die nochtans een ander profiel hebben en voor wie de indexering dus ook anders zou kunnen gebeuren. *De facto* wordt hun stem niet in rekening gebracht en ze kunnen niet de interventie van de marktdeskundige afdwingen. Het risico bestaat dat op die manier een voor hen negatieve beslissing wordt genomen zonder dat rekening wordt gehouden met hun specifieke situatie en zonder dat een duidelijk rechtsmiddel openstaat tegen de desbetreffende beslissing.

Een ander geval betreft de vaststelling van de basisprovisie voor een bijkomend segment (artikel 25 van het ontwerp). Ook hier doet de minister een voorstel dat definitief wordt “als de meerderheid van de exploitanten hiermee akkoord gaan of als alle exploitanten die geconfronteerd worden met een verzekeringsdeficit voor het bijkomend segment (hierna de ‘betrokken exploitanten’ genoemd) hiermee akkoord gaan”. Waar de tweede hypothese unanimité veronderstelt (en dus eventueel ook de instemming van de kleinere kernexploitanten indien zij geraakt worden door dat bijkomende segment), moet worden vastgesteld dat die hypothese in de praktijk volledig kan worden ongedaan gemaakt indien de eerste hypothese zich voordoet: indien immers de dominante kernexploitant akkoord gaat, lijkt de tweede hypothese er niet toe te doen, terwijl in geval van niet-akkoord van de dominante kernexploitant geen unanimité wordt bereikt. Ook in dit geval bestaat dus het risico dat een voor de kleinere kernexploitanten negatieve beslissing wordt genomen zonder dat rekening wordt gehouden met hun specifieke situatie en zonder dat voor hen een duidelijk rechtsmiddel openstaat tegen de beslissing in kwestie.

De omschrijving van het begrip “meerderheid van de exploitanten”, in artikel 2, § 1, 21°, van het ontwerp, dreigt op gespannen voet te komen met de grondwettelijk gewaarborgde beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie in zoverre uit die omschrijving voortvloeit dat kleinere exploitanten van kerncentrales in vergelijking met de dominante kernexploitant onvoldoende worden betrokken bij sommige van de hen aanbelangende beslissingen en zij met betrekking tot die beslissingen evenmin over voldoende rechtsmiddelen beschikken.

⁶ Overeenkomstig artikel 23, derde lid, 7°, van het ontwerp, bindt de beslissing van de marktdeskundige de Staat en de kernexploitanten, behoudens kennelijke vergissing, maar de Staat en de meerderheid van de kernexploitanten kunnen in elke fase van de procedure voor het overhandigen van het eindverslag van de marktdeskundige zelf een akkoord bereiken (artikel 23, vierde lid, van het ontwerp).

Artikel 23

9. In artikel 23, derde lid, 4°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van “richtlijnen voor de marktexpertise”. Deze richtlijnen worden weergegeven in bijlage 2 bij het ontwerp. Aan de gemachtigde werd gevraagd welke de juridische waarde is van de voornoemde richtlijnen. Hij antwoordde:

« La nature des lignes directrices est précisée à l'article 23, alinéa 3, 4° : l'expert doit 's'en inspirer'. Il s'agit donc de recommandations indicatives. Ce choix s'explique par le fait qu'il est impossible de prévoir exactement les situations auxquelles l'expert sera confronté et qu'il paraît nécessaire à la fois d'encadrer le travail de l'expert par certaines directives et de lui laisser la liberté de les compléter ou de s'en écarter si les circonstances l'exigent, selon son meilleur jugement de professionnel compétent. »

Vastgesteld moet worden dat de Franse tekst van artikel 23, derde lid, 4°, van het ontwerp, waarnaar de gemachtigde in zijn antwoord verwijst, het best aansluit op de bedoeling die blijkbaar aan die bepaling ten grondslag ligt en waarin wordt uitgegaan van richtlijnen die uitsluitend gelden als “inspiratiebron” voor de marktdeskundige en zonder dat deze te zijnen opzichte een bindende waarde hebben. Uit de Nederlandse tekst van artikel 23, derde lid, 4°, van het ontwerp, valt daarentegen af te leiden dat de marktdeskundige zich dient te “baseren” op de richtlijnen, hetgeen wijst in de richting van een striktere binding aan de richtlijnen. Het verdient daarom aanbeveling om de Nederlandse tekst van het ontwerp op dit punt nauwkeuriger te laten aansluiten bij de Franse tekst.

*

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 juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de fixer les conditions auxquelles les exploitants nucléaires, en ce compris les transporteurs, peuvent faire appel au programme de garantie de la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, visé à l'article 10/1 de la loi du 22 juillet 1985 'sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire'.

Il s'agit d'un régime de garantie subsidiaire, contre paiement d'indemnités supérieures au prix du marché ordinaire, permettant aux exploitants nucléaires de faire garantir par l'État à des conditions raisonnables sur le marché de l'assurance, les segments de leur responsabilité relevant de la loi du 22 juillet 1985 précitée qu'ils ne peuvent couvrir, l'État pouvant toutefois réclamer par la suite de l'exploitant nucléaire les montants éventuellement alloués aux victimes d'un accident nucléaire. Le projet s'analyse dès lors en premier lieu en un régime de garantie, et non en un règlement de contrat d'assurance.

La plupart des dispositions du projet entrent en vigueur à la même date que l'article 2, b), de la loi du 7 décembre 2016 'modifiant la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire'. Conformément à l'article 7 de cette loi, il devrait s'agir du 1^{er} janvier 2018, mais le Conseil d'État, section de législation, a donné un avis sur un projet d'arrêté royal qui reporte cette date au 1^{er} janvier 2019, parce que l'entrée en vigueur du Protocole du 12 février 2004¹ – qui était également à l'origine du régime de garantie – se fait toujours attendre².

3.1. Le premier alinéa du préambule du projet vise les articles 10/1 et 22 de la loi du 22 juillet 1985 précitée à titre de fondement juridique.

3.2. L'article 10/1, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 22 juillet 1985 contient une délégation de pouvoir permettant au Roi de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les termes et conditions mis à l'octroi de cette garantie. En outre, l'article 10/1, § 2, de la même loi contient l'habilitation permettant de fixer l'indemnité. Lues conjointement, ces dispositions semblent pouvoir porter tant sur les conditions procédurales et matérielles d'octroi de la garantie que sur les cas et la manière de pouvoir y faire appel.

¹ Protocole 'portant modification de la Convention du 31 janvier 1963 complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982, fait à Paris le 12 février 2004'.

² Avis C.E. 62.257/3 du 30 octobre 2017 sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 7 décembre 2016 modifiant la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire'.

Certaines dispositions du projet, comme celles relatives aux obligations en matière de gestion des assurances (chapitre 8) n'ont un lien avec les termes et conditions de la garantie que de manière incidente. À ce propos, le délégué a toutefois fourni les explications suivantes :

« Les 'termes et conditions' de la garantie d'État ont été établis de manière telle que l'intervention de l'État reste subsidiaire par rapport au marché de l'assurance. Ceci impose de fixer certaines règles relatives aux assurances qui doivent être souscrites par l'exploitant et à la gestion de ces assurances. Les dispositions du chapitre 8 du projet rentrent dès lors bien dans la sphère des 'termes et conditions' de la garantie et dans les limites de l'habilitation ».

Compte tenu des explications précitées, il peut être admis que les dispositions y afférentes du projet peuvent également s'inscrire dans le cadre de la disposition procurant le fondement juridique de l'article 10/1 de la loi du 22 juillet 1985.

3.3. L'article 22 de la loi du 22 juillet 1985 ne procure pas de fondement juridique au projet. En effet, l'article ne confère pas de délégation au Roi et règle en outre précisément la situation dans laquelle l'État intervient pour les dommages nucléaires non assurés qui ne sont pas indemnisés au moyen d'une assurance ou d'une autre garantie financière, à concurrence du montant de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Selon l'article 5 du projet, la garantie examinée s'applique toutefois comme toute « autre garantie financière »³.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Comme d'autres organes consultatifs, la Commission des assurances a donné le 15 juin 2017 un avis sur la réglementation en projet. Plusieurs questions et observations y ont été soulevées et formulées. À cet égard, le délégué renvoie aux réponses et précisions qu'il avait précédemment communiquées à l'Inspection des Finances, en réaction à l'avis de la Commission des assurances.

Le Conseil d'État, section de législation, a pris connaissance des réponses et précisions fournies par le délégué et suggère de les intégrer, s'il y a lieu, dans le commentaire que le rapport au Roi consacre aux différents articles du projet. Ainsi, cela permettra par la même occasion de clarifier des imprécisions qui ont été mises en évidence dans l'avis de la Commission des assurances.

Selon le Conseil d'État, section de législation, certaines imprécisions contraindront toutefois les auteurs du projet à adapter le texte de celui-ci. Tel est le cas des dispositions mentionnées aux points 4.2 à 4.4.

³ Les explications fournies par le délégué sur ce point n'enlèvent rien au fait que l'article 22 de la loi du 22 juillet 1985 ne procure pas de fondement juridique au régime en projet. En effet, le délégué a déclaré ce qui suit : « Les deux dispositions, l'article 10/1 et l'article 22, doivent nécessairement se lire conjointement l'une avec l'autre. L'article 22 impose en effet en toute hypothèse à l'État de couvrir les dommages nucléaires non assurés et la garantie émise conformément à l'article 10/1 ne fait que confirmer cela. C'est ce qui explique la référence aux deux dispositions ».

4.2. L'article 22 du projet ne vise pas explicitement le cas d'un déficit dans le mécanisme des quotités (*quota share*), bien que l'intention soit, manifestement, d'appliquer également le facteur de 1,15 dans ce cas. On pourrait observer que la responsabilité totale de l'exploitant étant, en tout état de cause, limitée à 1 200 000 000 euros, chaque perte de *quota share* entraîne, en fin de compte, également une forme d'excédents de sinistres (*excess loss*). Néanmoins, dans un souci de clarté, il vaudrait mieux préciser cette situation également dans le texte de l'article 22 du projet même.

4.3. L'utilisation des temps dans le libellé de l'article 29 du projet prête à confusion et donne à penser que quelque chose est simultanément assuré et non assuré. Par conséquent, il est suggéré de rédiger l'article 29, 2°, du projet comme suit :

« 2° dans la mesure où la PML relative à cet accident nucléaire était couverte au moment de l'accident nucléaire par des assurances et où ces assurances n'ont pas été renouvelées ou ne l'ont pas été totalement après l'accident nucléaire, la PML sera imputée sur le montant de la couverture d'assurance détenue par l'exploitant aux fins du calcul du déficit d'assurance et du calcul de la commission de garantie ».

4.4. Les exigences d'indépendance de l'expert de marché devraient être inscrites à l'article 31 du projet.

5. Il a déjà été relevé au point 2 que l'arrêté royal en projet contient en premier lieu un régime de garantie. Si l'on choisit malgré tout d'utiliser des termes du droit des assurances, il convient de le faire d'une manière cohérente, c'est-à-dire qu'il faut éviter d'utiliser des termes spécifiques aux assurances et de leur conférer dans certaines dispositions du projet une acception spécifique du droit des assurances et dans d'autres dispositions une autre acception. Un choix terminologique cohérent s'impose d'ailleurs tant dans le texte français que dans le texte néerlandais du projet ⁴.

⁴ Ainsi, par exemple, à l'article 30 du projet, le texte néerlandais mentionne le mot « provisie », qui correspond dans le texte français au mot « commission ».

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

6. Compte tenu du fait que l'article 22 de la loi du 22 juillet 1985 ne procure pas de fondement juridique au régime en projet (voir l'observation du point 3.3), il suffit de rédiger le premier alinéa du préambule du projet comme suit :

« Vu la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, l'article 10/1, inséré par la loi du 29 juin 2014 ; »⁵.

7. On adaptera la rédaction de l'alinéa du préambule visant l'avis du Conseil d'État comme suit :

« Vu l'avis 62.228/1 du Conseil d'État, donné le 6 novembre 2017, 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 ; ».

Article 2

8. L'article 2, § 1^{er}, 21^o, du projet définit la notion de « majorité des exploitants » comme suit : « un ou plusieurs exploitants représentant plus de 50 % de la totalité des commissions de garantie dues à l'État pour la dernière période annuelle pour laquelle les commissions de garantie ont été calculées, fût-ce à titre provisoire ».

Cette définition semble inclure la possibilité que la « majorité des exploitants » soit uniquement constituée d'un seul exploitant, à savoir dans la pratique l'exploitant des centrales nucléaires de Doel et Tihange.

Pareille possibilité est reconnue par le délégué, qui la précise comme suit :

« C'est exact, il peut arriver qu'Electrabel constitue à elle seule la 'majorité des exploitants'. C'est la raison pour laquelle le projet n'accorde un rôle à une telle majorité que dans des circonstances limitées et spécifiques, concernant essentiellement les paramètres de calcul de la commission (le critère de détermination de cette majorité étant précisément basé sur la part de chaque exploitant dans le total des commissions). En particulier, une telle majorité n'a aucun rôle quant à la détermination de la commission due par les transporteurs en vertu de l'article 39 du projet; il n'est donc pas nécessaire ni même utile que la majorité soit représentative des transporteurs ».

Nonobstant les explications fournies par le délégué, la question se pose encore de savoir s'il ne peut arriver que la définition de la notion de « majorité des exploitants », à l'article 2, § 1^{er}, 21^o, du projet, puisse impliquer que des petits exploitants de centrales nucléaires

⁵ Si les auteurs du projet souhaitent maintenir la référence à l'article 22 de la loi du 22 juillet 1985 au motif qu'ils estiment pareille référence utile à une bonne compréhension du régime en projet, il convient d'ajouter au premier alinéa du préambule du projet le membre de phrase suivant : « , et l'article 22, modifié par la loi du 29 juin 2014 ; ».

soient confrontés à des décisions qui leur sont préjudiciables, sur lesquelles ils ne peuvent exercer aucune influence et contre lesquelles ils ne disposent pas de voies de recours suffisantes.

Ainsi, on trouve le cas de la fixation du nouvel index de marché proposé par le ministre qui devient définitif si la majorité des exploitants marque son accord (article 23, alinéa 3, du projet). Alors que l'exploitant nucléaire dominant peut s'abstenir de donner son assentiment et forcer ainsi l'intervention de l'expert de marché et des négociations ultérieures⁶, cette faculté ne s'applique pas aux autres exploitants nucléaires, qui ont toutefois un autre profil et pour qui l'indexation pourrait donc également être opérée différemment. Dans les faits, leur vote n'est pas pris en compte et ils ne peuvent forcer l'intervention de l'expert de marché. Ce faisant, le risque existe qu'une décision qui leur est négative soit prise sans que leur situation spécifique soit prise en considération et sans qu'il existe une voie de recours claire et nette contre la décision en question.

Un autre cas concerne la fixation de la commission de base pour un segment additionnel (article 25 du projet). En l'espèce également, le ministre soumet une proposition qui devient définitive « si la majorité des exploitants marque son accord ou si tous les exploitants qui souffrent d'un déficit d'assurance pour le segment additionnel (ci-après dénommés les 'exploitants concernés') marquent leur accord ». Si la deuxième hypothèse suppose l'unanimité (et donc éventuellement aussi l'assentiment des petits exploitants nucléaires s'ils sont affectés par ce segment additionnel), force est de constater que cette hypothèse peut être tout à fait neutralisée dans la pratique si la première hypothèse se présente : en effet, si l'exploitant nucléaire dominant marque son accord, la deuxième hypothèse semble dépourvue de sens, alors qu'en l'absence d'accord de l'exploitant nucléaire dominant, l'unanimité n'est pas atteinte. Dans ce cas également, il y a donc un risque qu'une décision négative pour les petits exploitants nucléaires soit prise sans que leur situation spécifique soit prise en considération et sans qu'ils disposent d'une voie de recours claire et nette contre la décision en question.

À l'article 2, § 1^{er}, 21°, du projet, la définition de la notion de « majorité des exploitants » risque de se heurter aux principes d'égalité et de non-discrimination garantis par la Constitution dans la mesure où il découle de cette définition que les petits exploitants nucléaires ne sont pas, par rapport à l'exploitant nucléaire dominant, suffisamment associés à certaines des décisions qui les concernent et ne disposent pas non plus de voies de recours suffisantes concernant ces décisions.

⁶ Conformément à l'article 23, alinéa 3, 7°, du projet, la décision de l'expert de marché lie l'État et les exploitants nucléaires, sauf erreur manifeste, mais l'État et la majorité des exploitants peuvent, à tout stade du processus antérieur à la remise du rapport final de l'expert de marché, s'accorder eux-mêmes (article 23, alinéa 4, du projet).

Article 23

9. L'article 23, alinéa 3, 4°, du projet, fait mention des « lignes directrices pour l'expertise de marché ». Ces lignes directrices sont reproduites à l'annexe 2 du projet. Il a été demandé au délégué quelle est la valeur juridique des lignes directrices précitées. Il a répondu en ces termes :

« La nature des lignes directrices est précisée à l'article 23, alinéa 3, 4° : l'expert doit 's'en inspirer'. Il s'agit donc de recommandations indicatives. Ce choix s'explique par le fait qu'il est impossible de prévoir exactement les situations auxquelles l'expert sera confronté et qu'il paraît nécessaire à la fois d'encadrer le travail de l'expert par certaines directives et de lui laisser la liberté de les compléter ou de s'en écarter si les circonstances l'exigent, selon son meilleur jugement de professionnel compétent ».

Force est de constater que le texte français de l'article 23, alinéa 3, 4°, du projet, auquel le délégué se réfère dans sa réponse, correspond au plus près à l'intention qui, de toute évidence, fonde cette disposition et qui part du principe que les lignes directrices sont exclusivement une « source d'inspiration » pour l'expert de marché, sans avoir une valeur contraignante à son égard. Par contre, il se déduit du texte néerlandais de l'article 23, alinéa 3, 4°, du projet que l'expert de marché est tenu de se baser (« baseren ») sur les lignes directrices, ce qui va dans le sens d'une force obligatoire plus affirmée des lignes directrices. Il est dès lors recommandé de rapprocher davantage le texte néerlandais du projet du texte français sur ce point.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME