



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.460/3
van 14 november 2022

avis 72.460/3
du 14 novembre 2022

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt en tot
invoering van een plafond op
marktinkomsten van
elektriciteitsproducenten’

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l’organisation du marché de
l’électricité et introduisant un
plafond sur les recettes issues
du marché des producteurs
d’électricité’

Op 3 november 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en tot invoering van een plafond op marktinkomsten van elektriciteitsproducenten’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 9 november 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 november 2022.

*

Le 3 novembre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et introduisant un plafond sur les recettes issues du marché des producteurs d'électricité’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 9 novembre 2022. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 novembre 2022.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, 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:

“Volgens de recent aangenomen Europese Verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen, moet van 1 december 2022 tot 30 juni 2023 immers een plafond op marktinkomsten van elektriciteitsproducenten (‘plafond’) gelden, waarboven de inkomsten van infra-marginale producenten worden geacht een overschot te vormen die moet worden ingehouden voor herverdeling aan de eindverbruikers.

Om een ontijdige uitvoering van deze Verordening te vermijden dient de wet dus gepubliceerd te zijn vóór 1 december 2022.

In uitvoering van de beslissing van 18 oktober 2022 inzake de meerjarenbegroting 2023-2024 wordt, gezien de hoge energieprijzen in aanloop van het uitbreken van de oorlog in Oekraïne op 24 februari 2022 en in het bijzonder in augustus 2022, waarbij grote overwinsten werden gemaakt, voor de start van de periode waarbinnen het [overschot] wordt ingehouden 1 augustus 2022 genomen.

Gezien de bovenvermelde periodes waarin het plafond zou gelden en om alle betrokken marktspelers zo snel als mogelijk duidelijkheid te verschaffen wordt gewerkt naar een publicatie in het Belgisch Staatsblad vóór 1 december 2022. Daarom wordt het wetsontwerp niet in de Programmawet opgenomen, maar volgt dit voorstel een apart traject.”

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet wijzigt de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, teneinde te voorzien in een plafond op marktinkomsten van elektriciteitsproducenten. Daarmee wordt de gedeeltelijke uitvoering beoogd van de artikelen 6 tot 10 van verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 ‘betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen’.

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

Naast de invoering van een aantal definities (artikel 2 van het voorontwerp) wordt een nieuw hoofdstuk *Vter* (“Plafond op de marktinkomsten van elektriciteitsproducenten”) ingevoegd in de wet van 29 april 1999 (artikel 3 van het voorontwerp).

Het ontworpen artikel 22*ter*, §§ 1 tot 4, van de wet van 29 april 1999 (artikel 4 van het voorontwerp) voorziet in een heffing van 100% op het surplus van inkomsten boven 130 euro per MWh elektriciteit, gerealiseerd tussen 1 augustus 2022 en 30 juni 2023 door:

- iedere natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit injecteert in het transmissienet, een net dat een transmissiefunctie heeft, een distributienet, een gesloten industrieel net, een tractienet spoor of een directe lijn, door middel van een in België gelegen installatie voor elektriciteitsproductie die gebruik maakt van een van de in artikel 7, lid 1, van verordening (EU) 2022/1854 genoemde technologieën, met een geïnstalleerd vermogen vanaf 1 MW;
- exploitanten en eigenaars van industriële kerncentrales, in voorkomend geval ten belope van hun aandeel in de productie.

Energiegemeenschappen van burgers, hernieuwbare energiegemeenschappen en gelijkgestelde gemeenschappen die het surplus aan inkomsten rechtstreeks aan de consumenten overdragen, worden vrijgesteld van de heffing. Het plafond van inkomsten wordt verhoogd van 130 naar 180 euro per MWh elektriciteit voor installaties die elektriciteit opwekken uit vaste of gasvormige biomassa-brandstoffen, alsook voor huisvuilverbrandingsinstallaties die de eventuele extra inkomsten gebruiken om de kosten voor het verwerken van huisvuil te verlagen of niet te laten stijgen.

Het ontworpen artikel 22*ter*, § 5, bepaalt de marktinkomsten van de voormelde schuldenaars van de heffing aan de hand van een aantal vermoedens, afhankelijk van bepaalde kenmerken van de productie, de verkoop en de eventueel toepasselijke steunregeling. De eerste twee vermoedens betreffen de exploitanten van de kerncentrales Doel 3 en 4 en Tihange 1 tot 3 en zijn onweerlegbaar. De overige drie vermoedens zijn weerlegbaar. Het derde vermoeden betreft de verkoop door middel van een stroomafnameovereenkomst. Het vierde vermoeden (van dekking met een verkoop op termijn van drie jaar) betreft de productie die niet onder de vorige vermoedens valt en die niet geniet van een productiesteunregeling of die geniet van een productiesteunregeling die niet afhankelijk is van de evolutie van de elektriciteitsprijs of die afhankelijk is van deze prijs op een periode van drie jaar. Het vijfde vermoeden (van dekking met een verkoop op termijn van één jaar) betreft de overige gevallen van productie. Er wordt tevens bepaald hoe de laatste drie vermoedens kunnen worden weerlegd.

Het ontworpen artikel 22ter, § 6, regelt de aangifte door de schuldenaars van de heffing bij de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het Gas (hierna: CREG). Volgens het ontworpen artikel 22ter, § 7, formuleert de CREG een voorstel voor de verschuldigde heffing met betrekking tot elke schuldenaar voor de periode van 1 augustus tot 31 december 2022 (uiterlijk op 30 juni 2023) en voor de periode van 1 januari tot 30 juni 2023 (uiterlijk op 31 december 2023), en bezorgt ze deze voorstellen aan de Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie.

Bij het ontworpen artikel 22ter, § 8, wordt de Koning gemachtigd om de periode waarop de heffing betrekking heeft te verlengen, de plafonds van inkomsten te wijzigen en de procedures voor de aangifte en de vaststelling van de heffing aan te passen. Er wordt voorzien in een bekrachtigingsregeling.

Het ontworpen artikel 22quater, § 1, van de wet van 29 april 1999 (artikel 5 van het voorontwerp) belast de CREG met de controle van de aangifte en van het voorstel tot vaststelling van de heffing. Het ontworpen artikel 22quater, §§ 2 en 3, regelt de vaststelling door de Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie van het bedrag van de verschuldigde heffing, alsook de betaling van dat bedrag, de gevolgen van niet-tijdige betaling en de eventuele terugbetaling van teveel betaalde bedragen.

Overeenkomstig het ontworpen artikel 22quater, § 4, mogen de schuldenaars de heffing op geen enkele wijze rechtstreeks of onrechtstreeks aan andere ondernemingen of eindverbruikers in rekening brengen of doorgeven.

Het ontworpen artikel 22quater, § 5, voorziet in een vermindering van de heffing ten belope van het gedeelte van de repartitiebijdrage (voor de kerncentrales Doel 3 en 4 en Tihange 2 en 3) en van de jaarlijkse vergoeding (voor de kerncentrale Tihange 1)² dat betrekking heeft op de marktinkomsten boven het plafond van 130 euro per MWh elektriciteit.

Het ontworpen artikel 22quater, § 6, bepaalt dat de inkomsten van de heffing worden gebruikt overeenkomstig artikel 10 van verordening (EU) 2022/1854. Naar luid van het ontworpen artikel 22quater, §§ 7 tot 9, is de heffing een fiscaal aftrekbare beroepskost, is ze geen heffing zoals de voornoemde jaarlijkse vergoeding en is ze een werkelijke kost zoals vermeld in de regeling van die jaarlijkse vergoeding.

De artikelen 7 tot 10 van het voorontwerp brengen in het verlengde van het voorgaande een aantal wijzigingen aan in de wet van 29 april 1999, met betrekking tot de taken en de controle- en opsporingsbevoegdheden van de CREG.

Overeenkomstig artikel 11 van het voorontwerp treedt de aan te nemen wet in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

² De repartitiebijdrage voor de kerncentrales Doel 1 en 2 is forfaitair bepaald; er wordt niet voorzien in een gelijkaardige vermindering van de bijdrage voor deze kerncentrales.

VORMVEREISTEN

4. Krachtens artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ wordt overleg gepleegd tussen de betrokken (gewest)regeringen en de federale overheid “over iedere maatregel op het gebied van het energiebeleid, buiten de bevoegdheden opgesomd in [artikel 6,] § 1, VII”, van die wet. Op de vraag of dat overleg heeft plaatsgevonden, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het schijnt ons toe dat er geen overlegverplichting geldt voor dit wetsontwerp omdat het om een exclusief toegewezen en voorbehouden federale bevoegdheid van inzake belastingen gaat, onder meer op grond van artikel 170 GW en de in de memorie van toelichting aangehaalde arresten van het Grondwettelijk Hof.

Een belasting, die een louter fiscale maatregel is, is geen maatregel die ingrijpt op het energiebeleid van de gewesten. Hij strekt er niet toe de elektriciteitsdistributie of de openbare gasdistributie te regelen. Hij strekt er enkel toe in bijkomende inkomsten te voorzien voor de federale overheid.

Het is niet omdat een fiscale maatregel in het bijzonder met een bepaalde materie is verbonden, dat die fiscale maatregel niet langer als een fiscale maatregel zou moeten worden beschouwd, maar als een regeling van de betrokken materie als zodanig. Traditioneel wordt immers aanvaard dat de fiscale bevoegdheid los staat van de materiële bevoegdheidsverdeling. Een (federale) belasting blijft dus een (federale) belasting, ook al houdt zij verband met een welbepaalde specifieke materie (zelfs indien die materie tot de deelstatelijke bevoegdheden behoort).

Het loutere feit dat deze belasting een weerslag zou kunnen hebben op het ‘energiebeleid’ van de gewesten impliceert op zichzelf nog geen overlegverplichting in de zin van artikel 6, §3, 2° BWHI. Een dergelijke interpretatie zou immers betekenen dat de federale overheid voor elke uitoefening van haar fiscale bevoegdheid een dergelijk overleg met de gewesten zou moeten plegen. Een dergelijk lezing van artikel 6, §3, 2° BWHI holt de fiscale bevoegdheid die de grondwetgever aan de federale overheid heeft toegekend, uit.

Bovendien wordt er met deze tijdelijke maatregel geen aanzienlijke weerslag op de energieproductie of het energiebeleid beoogd noch verwacht. Het vastgestelde prijsplafond laat toe om de kosten van de energieproductie te dekken en viseert een surplus aan inkomsten van de inframarginale producenten, d.w.z. inkomsten die veel hoger liggen dan de inkomsten die redelijkerwijs konden worden verwacht. Er is inderdaad op toegezien dat het vastgestelde plafond beantwoordt aan de voorwaarden opgenomen in artikel 8.2 van de Verordening (EU) 2022/1854, onder meer dat er geen verstorende werking op de groothandelsmarkt voor elektriciteit mag zijn.

Niettemin heeft de federale overheid in Enover een overleg over dit onderwerp met de Gewesten gehouden op 21 oktober 2022.”

De omstandigheid dat de ontworpen maatregel van fiscale aard is neemt niet weg dat ze tevens kadert binnen het energiebeleid én dat ze wel degelijk beduidende gevolgen kan hebben voor het energiebeleid van de gewesten.³ Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben

³ Vgl. adv.RvS 52.464/3 van 4 december 2012 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 27 december 2012 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2579/001, 14 (opmerking 6); adv.RvS 55.402/3 van 19 maart 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 8 mei 2014 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3511/001, 146 (opmerking 4); adv.RvS 71.400/3 van 3 juni 2022 over een wetsvoorstel ‘tot instelling van een bijzondere overwinstentaks in de energiesector’, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2558/003, 3-4 (opmerking 3).

dat de federale overheid aan het overlegvereiste zou kunnen ontsnappen door ingrijpende maatregelen op het energiebeleid vorm te geven als fiscale maatregelen. Voorts wordt in de ontworpen maatregel gedifferentieerd tussen energiebronnen, waarbij een gunstigere regeling geldt voor elektriciteitsproductie uit biomassa, biogas en huisvuilverbranding. Meer in het algemeen kan allerminst worden uitgesloten dat de belasting op winsten van elektriciteitsproducenten gevolgen kan hebben voor de gewestelijke aspecten van het energiebeleid.

Hoe dan ook blijkt uit het antwoord van de gemachtigde dat er al een overleg met de gewesten heeft plaatsgevonden op 21 oktober 2022. Het is raadzaam om van dit overleg een schriftelijke neerslag bij te houden, zodat kan worden aangetoond dat de federale overheid daadwerkelijk rekening heeft kunnen houden met de standpunten die door de gewesten zijn ingenomen over de ontworpen regeling.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Het voorontwerp is zeer technisch van aard, zodat alle finesses ervan moeilijk te doorgronden zijn. De toetsing van het voorontwerp aan hogere rechtsnormen zoals het gelijkheidsbeginsel en het eigendomsrecht kon, mede gelet op het korte tijdbestek waarover de Raad van State beschikte voor het geven van dit advies, slechts op het eerste gezicht en in grote lijnen gebeuren.

Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag daarom niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en, indien er wel iets over wordt gezegd, dat er niet méér over te zeggen valt. Het zal aan het Grondwettelijk Hof toekomen om zich in voorkomend geval uit te spreken over aangevoerde ongrondwettigheden, gesteund op feitelijke gegevens die de Raad van State mogelijk niet in aanmerking heeft kunnen nemen in dit advies.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

6. Artikel 2, 3°, van het voorontwerp strekt tot de toevoeging van twee nieuwe definities (ontworpen punten 118° en 119°) aan artikel 2 van de wet van 29 april 1999. Het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’, waarover de afdeling Wetgeving op 6 oktober 2022 advies 72.004/VR heeft gegeven, voorziet al in de toevoeging van twee nieuwe (en andere) gedefinieerde begrippen als nieuwe punten 118° en 119° van hetzelfde artikel 2. Er moet over worden gewaakt dat de nummers van deze nieuwe definities niet met elkaar overlappen.

Artikel 4

7.1. Artikel 6, lid 1, van verordening (EU) 2022/1854 luidt als volgt:

“De marktinkomsten van producenten die elektriciteit opwekken uit de in artikel 7,

lid 1, bedoelde bronnen worden geplafonneerd op maximaal 180 EUR per MWh geproduceerde elektriciteit.”

Aangezien de tekst melding maakt van een plafond van “maximaal” 180 euro per MWh, kunnen de lidstaten bij de nadere uitwerking van het plafond op marktinkomsten in een lager plafond voorzien, zoals ook blijkt uit artikel 8, lid 1, a), van verordening (EU) 2022/1854, waar gewag wordt gemaakt van de mogelijkheid om de marktinkomsten “verder [te] beperken, inclusief de mogelijkheid om tussen technologieën te differentiëren”.

De keuze van de stellers van het voorontwerp om in beginsel (behoudens de afwijkingen vermeld in het ontworpen artikel 22ter, § 4, tweede tot vierde lid, van de wet van 29 april 1999) een plafond van 130 euro per MWh elektriciteit in te stellen (ontworpen artikel 22ter, § 4, eerste lid, van de wet van 29 april 1999) wordt in de memorie van toelichting als volgt verantwoord:

“In Verordening (EU) 2022/1854 wordt het plafond op marktinkomsten vastgesteld op 180 EUR/MWh, hetgeen geacht wordt ‘consequent aanzienlijk’ hoger te liggen dan de gemiddelde piekprijzen op de groothandelsmarkt voor februari 2022, en dus ruim boven de verwachtingen van de marktpelers wanneer zij in deze periode initiële investeringsbeslissingen nemen.

Artikel 8.1, a), van Verordening (EU) 2022/1854 staat de lidstaten echter toe de marktinkomsten van de betrokken producenten verder te beperken.

De Europese Commissie gaat er namelijk van uit dat het plafond hoger moet zijn dan de verwachte gemiddelde piekprijs. De Commissie is van mening dat de piekuren overeenkomen met ten minste 10% van de duurste uren. De maximumwaarde van de verwachte gemiddelde piekprijs kan derhalve worden geschat door het gemiddelde te nemen van de prijzen van de 10% duurste uren op EPEX SPOT Belgium, die zijn waargenomen voor de huidige energiecrisis en voor de COVID-crisis, om een onderschatting te voorkomen.

De CREG nam de maximumwaarde van de verwachte gemiddelde piekprijs, geschat door de gemiddelde prijs van de 10% duurste uren op EPEX SPOT Belgium, waargenomen voor de huidige energiecrisis en voor de COVID-crisis, om een onderschatting te vermijden. De verwachte gemiddelde piekprijs kan derhalve worden geraamd op ongeveer 80 EUR/MWh. In 2019 bedroeg de gemiddelde piekprijs in België immers 76 EUR/MWh en over de periode 2016-2019 bedroeg de gemiddelde piekprijs in België 86 EUR/MWh. De CREG onderzocht ook de termijnprijzen voor 2020 in 2019. In dit verband bedroegen de verwachtingen van de Belgische elektriciteitsproducenten 53 EUR/MWh.

Het niveau waarop het plafond wordt vastgesteld, mag het vermogen van de producenten waarop het wordt toegepast, waaronder producenten van hernieuwbare energie, om hun investeringen en exploitatiekosten terug te verdienen niet in gevaar brengen, en moet toekomstige investeringen in de capaciteit die nodig is voor een koolstofvrij en betrouwbaar elektriciteitssysteem veiligstellen en aanmoedigen. Op deze basis wordt voorgesteld een investeringsstimulans van 50 EUR/MWh toe te voegen aan de verwachte gemiddelde piekprijs voor de energiecrisis en aldus het plafond voor de marktinkomsten vast te stellen op EUR 130 EUR/MWh (d.w.2. de bovengenoemde 80 EUR/MWh + 50 EUR).

In dit verband moet worden opgemerkt dat de CREG een overzicht heeft van de contracten, de prijsvorming en de aan- en verkoopprocessen voor elektriciteit in België. Als

speler op de Belgische energiemarkt lijkt 80 EUR/MWh in 2019 dan ook de maximaal te verwachten prijs bij investeringen in de elektriciteitsproductie in België.

Vanuit dit oogpunt bepaalt artikel 8.2, b), van Verordening (EU) 2022/1854 uitdrukkelijk dat de door de lidstaten vastgestelde nationale maatregelen de investeringssignalen niet in gevaar mogen brengen. Zo kunnen onverwachte inkomsten worden gerealiseerd om winst te maken en de investeringen mogelijk te maken die ons land nodig heeft voor voorzieningszekerheid en energietransitie. Een bepaalde situatie mag er echter niet toe leiden dat dezelfde actoren van onverhoopte inkomsten profiteren ten koste van de consumenten. Op basis hiervan wordt derhalve een redelijke marge van 50 EUR extra op de 80 EUR/MWh toegepast. Zo zou het Belgische plafond moeten worden vastgesteld op 130 EUR/MWh.

Dit plafond is ook lager dan de gemiddelde piekprijs in de periode 2015-januari 2022, die 123 EUR/MWh bedroeg, hoewel deze periode het begin van de energiecrisis omvat. Dit plafond maakt het dus mogelijk om investeringssignalen te behouden, maar ook om het surplus aan inkomsten van 100% af te romen en te gebruiken voor de financiering van maatregelen om de gevolgen van de energiecrisis voor de consument te beperken.”

De memorie van toelichting omvat voorts een omstandige toelichting inzake de afwijkende grenzen vermeld in het ontworpen artikel 22ter, § 4, tweede tot vierde lid, van de wet van 29 april 1999, waardoor voor de elektriciteitsproductie uit biomassa, biogas en huisvuilverbranding voorwaardelijk toch de hogere drempel van 180 euro per MWh elektriciteit wordt gehanteerd.

7.2. Volgens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof beschikt de wetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid inzake fiscale maatregelen, die een wezenlijk onderdeel uitmaken van het sociaaleconomisch beleid.⁴ Bovendien kunnen, wat betreft de zo-even aangehaalde afwijkende grenzen, de verschillen in behandeling die het gevolg zijn van de beleidskeuzen die de wetgever daarbij maakt, alleen worden afgekeurd indien voor die beleidskeuzen klaarblijkelijk geen redelijke verantwoording bestaat.⁵

De verantwoording die in de memorie van toelichting ter zake wordt verstrekt, lijkt overtuigend, onder voorbehoud van wat volgt.

⁴ Zie onder meer GwH 5 maart 2015, nr. 25/2015, B.6.

⁵ GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.7.3.

7.3. De beleidskeuze om het surplus aan marktinkomsten boven het verlaagde plafond van 130 (in plaats van 180) euro per MWh elektriciteit te onderwerpen aan een heffing van 100 procent, waardoor dat surplus volledig wordt afgeroomd, komt neer op een verregaande inmenging in de eigendomsrechten van de betrokken ondernemingen, die in de memorie van toelichting als volgt wordt verantwoord:

“De heffing is vastgesteld op 100 procent van het surplus aan inkomsten. Verordening (EU) 2022/1854 voorziet inderdaad in een totale afroaming van inkomsten boven het plafond erin is vastgesteld – onverminderd de mogelijkheid voor de lidstaten om in een specifiek plafond te voorzien.

Gezien de context waarin het is gepland, kan er geen sprake zijn van een onevenredige inbreuk op de eigendomsrechten. Zoals gesteld in overweging 28 van Verordening 2022/1854:

‘Hoewel occasionele en kortetermijnpieken in de prijzen als een normaal kenmerk op een elektriciteitsmarkt kunnen worden beschouwd en voor sommige investeerders nuttig kunnen zijn om hun opwekkingsinvesteringen terug te krijgen, verschilt de extreme en aanhoudende prijsstijging sinds februari 2022 aanzienlijk van een normale marktsituatie met occasionele piekprijzen. Daarom mag het plafond op marktinkomsten niet lager zijn dan de redelijke verwachtingen van de marktdeelnemers ten aanzien van het gemiddelde niveau van de elektriciteitsprijzen in de uren waarin de vraag naar elektriciteit het hoogst was, voor de aanvalsoorlog van Rusland tegen Oekraïne. Voor februari 2022 waren de verwachtingen voor de gemiddelde piekprijzen op de groothandelsmarkt voor elektriciteit in de hele Unie in de afgelopen decennia consequent aanzienlijk minder dan 180 EUR per MWh, ondanks de verschillen in elektriciteitsprijzen tussen de regio's in de Unie. Aangezien het initiële investeringsbesluit van de marktdeelnemers is genomen op basis van de verwachting dat de prijzen tijdens piekuren gemiddeld lager zouden zijn dan dat niveau, is de vaststelling van het plafond op marktinkomsten van 180 EUR per MWh een niveau dat ruim boven die aanvankelijke marktverwachtingen ligt. Door een marge te laten op de prijs die beleggers redelijkerwijs hadden kunnen verwachten, moet ervoor worden gezorgd dat het plafond op marktinkomsten niet ingaat tegen de initiële beoordeling van de investeringsrentabiliteit.’

In België herinnert het Grondwettelijk Hof er in zijn arresten aan dat inmenging in het recht op eerbiediging van eigendom in redelijke verhouding moet staan tot het nagestreefde doel:

‘Bovendien vermeldt artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol dat de bescherming van het eigendomsrecht 'echter op geen enkele wijze het recht [aantast] dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren'. De inmenging in het recht op het ongestoord genot van de eigendom is enkel verenigbaar met dat recht indien ze een redelijk verband van evenredigheid heeft tot het nagestreefde doel, dit wil zeggen indien ze het billijke evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van dat recht niet verbreekt. Ofschoon de fiscale wetgever over een ruime beoordelingsmarge beschikt, schendt een belasting bijgevolg dat recht, indien ze op de belastingplichtige een overdreven last doet wegen of fundamenteel afbreuk doet aan zijn financiële situatie (EHRM, 31 januari 2006, *Dukmedjian t. Frankrijk*, §§ 52- 58; beslissing, 15 december 2009, *Tardieu de Maleissye e.a. t. Frankrijk*; 16 maart 2010,

Di Belmonte t. Italië, §§ 38-40) (GwH, 20 januari 2022, nr. 912022).

In casu is de doelstelling van algemeen belang duidelijk aangetoond en moet de heffing als redelijk worden beschouwd in het licht van de beginselen waarop de maximumprijzen voor elektriciteit zijn gebaseerd (...).”

Het klopt dat de Europese verordening uitgaat van een volledige afroaming van de inkomsten boven een bepaald plafond, dat door de lidstaten kan worden verlaagd. Dat neemt echter niet weg dat de combinatie van de door de verordening bepaalde volledige afroaming (of, anders uitgedrukt, de belasting van de overwinst aan 100 procent) en de keuze van de stellers van het voorontwerp om het plafond in beginsel op beduidende wijze te verlagen van 180 naar 130 euro per MWh elektriciteit, kan leiden tot een situatie waarbij het billijke evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van het eigendomsrecht niet meer voorhanden is. In de memorie van toelichting wordt ter zake voorgehouden dat de inkomstenverwachtingen voor februari 2022 “aanzienlijk minder [is] dan 180 EUR per MWh” en dat “de vaststelling van het plafond op marktinkomsten van 180 EUR per MWh een niveau [is] dat ruim boven die aanvankelijke marktverwachtingen ligt”. Daarmee is echter nog niet verantwoord waarom de verlaging van het plafond van 180 naar 130 euro per MWh elektriciteit nog steeds neerkomt op een billijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van het eigendomsrecht. In dat verband moet ook worden gewezen op het vereiste in artikel 8, lid 2, a), van verordening (EU) 2022/1854, dat inhoudt dat de lidstatelijke maatregelen ter uitvoering van de verordening naast niet-discriminerend ook evenredig moeten zijn.

Er moet eveneens rekening worden gehouden met de vereisten in artikel 8, lid 2, b) tot d), van dezelfde verordening, die inhouden dat de lidstatelijke maatregelen ter uitvoering van de verordening investeringssignalen niet mogen ondermijnen, dat ze ervoor moeten zorgen dat de investerings- en exploitatiekosten worden gedekt en dat ze geen verstorende werking mogen hebben op de groothandelsmarkt voor elektriciteit en in het bijzonder geen gevolgen mogen hebben voor de rangorde van in te zetten capaciteit (“merit order”) en de prijsvorming op de groothandelsmarkt.

In de memorie van toelichting wordt in dat verband het volgende uiteengezet:

“De Europese Commissie gaat er namelijk van uit dat het plafond hoger moet zijn dan de verwachte gemiddelde piekprijs. De Commissie is van mening dat de piekuren overeenkomen met ten minste 10% van de duurste uren.

De maximumwaarde van de verwachte gemiddelde piekprijs kan derhalve worden geschat door het gemiddelde te nemen van de prijzen van de 10% duurste uren op EPEX SPOT Belgium, die zijn waargenomen voor de huidige energiecrisis en voor de COVID-crisis, om een onderschatting te voorkomen.

De CREG nam de maximumwaarde van de verwachte gemiddelde piekprijs, geschat door de gemiddelde prijs van de 10% duurste uren op EPEX SPOT Belgium, waargenomen voor de huidige energiecrisis en voor de COVID-crisis, om een onderschatting te vermijden. De verwachte gemiddelde piekprijs kan derhalve worden geraamd op ongeveer 80 EUR/MWh. In 2019 bedroeg de gemiddelde piekprijs in België immers 76 EUR/MWh en over de periode 2016-2019 bedroeg de gemiddelde piekprijs in België 86 EUR/MWh. De CREG onderzocht ook de termijnprijzen voor 2020 in 2019. In dit verband bedroegen de verwachtingen van de Belgische elektriciteitsproducenten 53 EUR/MWh.

Het niveau waarop het plafond wordt vastgesteld, mag het vermogen van de

producenten waarop het wordt toegepast, waaronder producenten van hernieuwbare energie, om hun investeringen en exploitatiekosten terug te verdienen niet in gevaar brengen, en moet toekomstige investeringen in de capaciteit die nodig is voor een koolstofvrij en betrouwbaar elektriciteitssysteem veiligstellen en aanmoedigen. Op deze basis wordt voorgesteld een investeringsstimulus van 50 EUR/MWh toe te voegen aan de verwachte gemiddelde piekprijs voor de energiecrisis en aldus het plafond voor de marktinkomsten vast te stellen op EUR 130 EUR/MWh (d.w.z. de bovengenoemde 80 EUR/MWh + 50 EUR).

(...) Een bepaalde situatie mag er echter niet toe leiden dat dezelfde actoren van onverhoopte inkomsten profiteren ten koste van de consumenten. Op basis hiervan wordt derhalve een redelijke marge van 50 EUR extra op de 80 EUR/MWh toegepast. Zo zou het Belgische plafond moeten worden vastgesteld op 130 EUR/MWh.

Dit plafond is ook lager dan de gemiddelde piekprijs in de periode 2015-januari 2022, die 123 EUR/MWh bedroeg, hoewel deze periode het begin van de energiecrisis omvat.”

De gemachtigde verklaarde in dat verband nog het volgende:

“Verordening (EU) 2022/1854 is gebaseerd op het beginsel dat ‘de buitengewone marktinkomsten van producenten met lagere marginale kosten tijdelijk worden beperkt door de toepassing van het plafond op marktinkomsten uit de verkoop van elektriciteit binnen de Unie’ (overweging 25). Het in artikel 6 van Verordening (EU) nr. 2022/1854 bedoelde ‘inkomstenplafond’ betekent derhalve dat marktinkomsten boven het plafond volledig aan de lidstaten moeten worden doorgegeven. Deze regel geldt voor elke producent van elektriciteit uit inframarginale technologieën.

Marktinkomsten onder het plafond vallen niet onder de heffing en blijven onderworpen aan bestaande maatregelen (zoals de repartitiebijdrage voor reactoren van de tweede generatie en de jaarlijkse bijdrage voor Tihange 1). Met andere woorden, de producenten blijven aan de huidige maatregelen onderworpen tot het niveau van de ‘normale’ marktinkomsten, d.w.z. tot het plafond van EUR 130/MWh, dat gebaseerd is op de inkomsten waarop zij hun investeringsbeslissingen redelijkerwijs hadden kunnen baseren, plus EUR 50/MWh (zodat een deel van de vrijgestelde extra inkomsten overblijft). Enerzijds gelden de maatregelen dus niet cumulatief voor dezelfde inkomsten en anderzijds leidt de heffing er niet toe dat de producenten de inkomsten worden ontnomen die zij zouden hebben ontvangen onder de marktvoorwaarden waarop zij hun investeringsbeslissingen hebben gebaseerd.

Meer algemeen, mag het proportioneel karakter van de algemene grens van 130€/MWh ook blijken uit:

1. De heffing is gebaseerd op reële overwinsten waarvan de oorsprong ligt in de bijzondere omstandigheden van het prijsvormingsmechanisme voor infra-marginale producenten waarop de energiecrisis een bijzondere impact heeft, zoals aangetoond door de studies van de CREG en de NBB.
2. Voor de berekening van het plafond wordt nog een investeringsstimulus van 50 EUR per MWh toegevoegd aan de verwachte gemiddelde piekprijs van voor de energiecrisis om zo het vermogen van producenten om hun investeringen en exploitatiekosten terug te verdienen, niet in gevaar te brengen. Het plafond voor de marktinkomsten is zo voldoende hoog om investeringssignalen niet in gevaar te brengen en (een deel van de) onverwachte inkomsten te realiseren om winst te maken. Op basis hiervan, is de heffing, ook al bedraagt die 100% van het surplus aan inkomsten (ook voor het deel dat meer bedraagt dan 130 EUR per

MWh, maar minder dan het plafond van 180 EUR per MWh), geen excessieve of onevenredige last voor de geïmplementeerde schuldenaars.

3. Daarnaast ligt het plafond bijna 80 EUR per MWh hoger dan de maximale gemiddelde prijs die de markt redelijkerwijze kon verwachten in 2019 voor 2022. Deze producenten kunnen dus nog altijd bijna 80 euro per MWh meer marktinkomsten behalen dan wat de maximale verwachtingen daarvoor waren in 2019. De bijdragecapaciteit van de belastingplichtigen lijkt ook om die reden dan ook niet op onevenredige wijze aangetast.
4. In augustus 2022 zijn, volgens de studie van de CREG, de elektriciteitsprijzen op de groothandelsmarkten het sterkst gestegen. In het licht van de doelstelling van de regeling is het daarom van belang dat de heffing wordt toegepast op het surplus aan inkomsten sinds 1 augustus 2022.”

Het is de Raad van State evenwel niet duidelijk op welke objectieve gegevens het bedrag van de “redelijke marge” van 50 euro per MWh elektriciteit is gebaseerd dat, samen met de geschatte piekprijs van 80 euro per MWh elektriciteit, wordt aangewend om te komen tot het plafond aan marktinkomsten van 130 euro per MWh elektriciteit. De memorie van toelichting zou op dat punt moeten worden aangevuld.

Meer in het algemeen kan de Raad van State bij gebrek aan inzicht in de nodige feitelijke gegevens niet uitmaken of is voldaan aan de vereisten van de voormelde verordeningbepalingen. Op dit punt moet dan ook een voorbehoud worden gemaakt bij de ontworpen regeling.

7.4. Specifiek wat betreft de exploitanten en eigenaars van kerncentrales, moet ook worden gewezen op de combinatie van de ontworpen heffing met de bestaande repartitiebijdrage en de jaarlijkse vergoeding,⁶ ook al voorziet het ontworpen artikel 22^{quater}, § 5, van de wet van 29 april 1999 in een vermindering van de heffing ten belope van het gedeelte van die bijdrage of vergoeding dat boven het plafond van 130 euro per MWh elektriciteit valt. In dat verband wordt in de memorie van toelichting becijferd dat marktinkomsten voor 2022 ten belope van 2 miljard euro volgens de ontworpen regeling leiden tot een gecombineerde belasting (heffing en repartitiebijdrage of jaarlijkse vergoeding samen) van 930 miljoen euro plus 760 miljoen euro, samen dus 1,69 miljard euro of 84,5 procent van de marktinkomsten.

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“In algemene zin, het plafond voor het surplus aan inkomsten is opgelegd bij Verordening (EU) 2022/1854 die, zoals hierboven opgemerkt, marktinkomsten die het plafond overschrijden behandelt als volledig terug te geven aan de lidstaten en te herverdelen onder de eindafnemers. Met andere woorden, het is Verordening (EU) 2022/1854 zelf die een dergelijke heffing oplegt. De heffing heeft geen weerslag op inkomsten die onder het plafond blijven. In de Memorie wordt bovendien duidelijk toegelicht waarom het gehanteerde plafond geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor producenten om hun investeringen en exploitatiekosten terug te verdienen, m.i.v. de mogelijkheid om toekomstige investeringen te doen. Op basis daarvan is de heffing wel degelijk proportioneel in het licht van het eigendomsrecht.

⁶ Voor een beknopt historisch overzicht van die twee belastingen, zie het voormelde adv.RvS 71.400/3, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2558/003, 5-7 (opmerkingen 6.1 tot 6.3).

Voor het overige verandert de voorgestelde heffing niets aan of interfereert zij niet met andere reeds bestaande maatregelen, die van toepassing zijn onder het plafond.

Specifiek voor kerncentrales, is het in de toelichting gegeven voorbeeld gebaseerd op een louter illustratieve verdeling tussen inkomsten onder het plafond (25%) en inkomsten boven het plafond (75%) en illustreert het derhalve een situatie waarin 75% van de marktinkomsten door de voorgestelde heffing wordt gedekt. Bij een 50-50 verdeling zou de totale heffing dus 1,38 miljard bedragen, enz.

Zoals uitvoerig toegelicht in de memorie van toelichting impliceert het plafond van 130 euro dat de exploitanten van kerncentrales nog steeds veel meer inkomsten verkrijgen (waarop het plafond niet van toepassing is) dan wat zij redelijkerwijze konden verwachten toen zij de investeringsbeslissing namen. De maatregel legt dan ook geen onredelijke last op aan de kerncentrales en compromitteert geenszins hun financiële positie of hun mogelijkheid om toekomstige investeringen uit te voeren. De toepassing van het plafond in combinatie met de repartitiebijdrage of de jaarlijkse vergoeding (waarvan het deel van de bijdrage of jaarlijkse vergoeding dat betrekking heeft op opbrengsten boven het plafond overeenkomstig het voorontwerp van wet kan worden afgetrokken van de heffing) bewaart dan ook een billijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en de financiële positie van de kerncentrales, zodat de maatregel verenigbaar is met het recht op eigendom.”

Deze uitleg neemt niet weg dat de meer verregaande afroaming van de marktinkomsten van exploitanten en eigenaars van kerncentrales, precies door de (getemperde) combinatie met de bestaande repartitiebijdrage en de jaarlijkse vergoeding, in de memorie van toelichting nader moet worden verantwoord. De wijze waarop de ontworpen regeling een billijk evenwicht inhoudt tussen de vereisten van het algemeen belang en de financiële positie van de kerncentrales moet verder worden verduidelijkt.

Het volstaat in dat verband alleszins niet om te bepalen, zoals in het ontworpen artikel 22^{quater}, § 8, van de wet van 29 april 1999, dat de ontworpen heffing geen jaarlijkse vergoeding is. Ook de loutere affirmatie in de memorie van toelichting dat de ontworpen heffing “een ‘belasting van algemene toepassing’ [is] en geen heffing die specifiek verband houdt met de eigendom of de exploitatie van kerncentrales”, volstaat op zich niet als verantwoording (zie daarover ook opmerking 13). Ten slotte kan, anders dan de gemachtigde voorhoudt, ook niet louter worden aangevoerd dat verordening (EU) 2022/1854 een dergelijke heffing oplegt, aangezien de stellers van het voorontwerp er zelf voor kiezen om ook voor kerncentrales een verlaagd plafond in te stellen en om slechts ten dele rekening te houden met de bestaande repartitiebijdrage en de jaarlijkse vergoeding.

8. De formule “max (130 EUR ; LCOE + 50 EUR/MWh)” vermeld in het ontworpen artikel 22^{ter}, § 4, tweede lid, van de wet van 29 april 1999 is onduidelijk verwoord en kan dan ook leiden tot rechtsonzekerheid. Zoals de gemachtigde bevestigde, moet deze bepaling zo worden begrepen dat voor de in het tweede lid bedoelde productie-installaties de vergoeding 130 euro is (in toepassing van de algemene regel), tenzij de LCOE⁷ hoger is dan 80 euro, in welk geval een hoger (en dus voordeliger) plafond geldt. Dit zou duidelijker tot uiting moeten komen in de tekst van de voormelde bepaling.

⁷ Dat zijn de genormaliseerde energiekosten (*levelized cost of energy*), zoals gedefinieerd in het ontworpen artikel 2, 118°, van de wet van 29 april 1999.

9. Overeenkomstig het ontworpen artikel 22ter, § 4, derde en vierde lid, van de wet van 29 april 1999, wordt het plafond voor marktinkomsten voor installaties die elektriciteit opwekken uit biogas, biomassa en huisvuilverbranding bepaald op 180 euro per MWh elektriciteit, veeleer dan op 130 euro per MWh elektriciteit. Dat hogere plafond wordt in de memorie van toelichting verantwoord als volgt:

“Voor biomassa wordt dit gestaafd door de stijging in brandstofkosten die te zien is in Duitse indexen, die beroep doen op dezelfde grondstofstromen. Deze index voor bijvoorbeeld ‘Contaminated waste wood chips (0-150 mm)’, is gestegen van -10 €/ton (juli 2021) naar +45 €/ton (juli 2022). Deze stijging van 55 EUR/ton vertaald zich in meer dan 50 EUR/MWh meeropbrengsten nodig om dit te compenseren. Een lagere cap dan de verorde[n]ing zal ook leiden tot meer export van deze brandstoffen in plaats van het lokale gebruik.

Voor biogas worden ook buitenproportionele stijgingen genoteerd voor de grondstoffen en dus de brandstofkosten.

De kosten van huisvuilverbrandingsinstallaties zijn gestegen onder andere door het gebruik van aardgas als brandstof en een hogere cap wordt ook hier toegepast om te vermijden dat kosten verder zouden oplopen voor het verwerken van afval. De eigenaars van deze productieinstallaties wordt gevraagd om aan te tonen dat de eventuele extra inkomsten ook ingezet zullen worden voor het verlagen van de kosten voor de afvalverwerking en het laten terugvloeien naar de steden & gemeenten.”

De gemachtigde voegde daar nog het volgende aan toe:

“Voor biomassacentrales en huisvuilverbrandingsinstallaties wordt de toepassing van een verhoogd plafond gerechtvaardigd door de gestegen brandstofkosten waarmee de producenten van deze installaties geconfronteerd worden. Indien eenzelfde plafond zou worden gehanteerd voor alle installaties, zou dat betekenen dat producenten die elektriciteit opwekken uit biomassabrandstoffen en huisvuilverbrandingsinstallaties nadeliger behandeld worden dan andere producenten. Zij worden immers geconfronteerd met hogere marginale kosten (o.m. als gevolg van de stijging van de brandstofkosten) waardoor zij, verhoudingsgewijs, dus minder winst zouden kunnen maken dan producenten die elektriciteit opwekken op basis van andere inframarginale technologieën. In die omstandigheden kan worden aangenomen dat een plafond van 130 EUR per MWh voor installaties die elektriciteit opwekken uit vaste of gasvormige biomassabrandstoffen afbreuk zou doen aan het vermogen van een producent om de investerings- en exploitatiekosten terug te verdienen, wat niet in overeenstemming zou zijn met de *ratio legis* van de Verordening en het Voorontwerp om enkel een surplus aan inkomsten af te romen en te herverdelen.”

Deze verantwoording, die in wezen is gesteund op de kostprijs van grondstoffen en brandstoffen, gaat minstens tot op zekere hoogte ook op voor andere elektriciteitsproducenten. Er zullen dan ook bijkomende elementen moeten worden aangereikt om deze verschillende behandeling op een sluitende wijze te kunnen verantwoorden.

10. Op de vraag waarom bij huisvuilverbrandingsinstallaties (ontworpen artikel 22ter, § 4, vierde lid, van de wet van 29 april 1999) wordt verwezen naar een voorwaarde met betrekking tot het gebruik van “eventuele extra inkomsten”, terwijl het voorontwerp een fiscale maatregel betreft waardoor net meer inkomsten zullen belast worden, antwoordde de gemachtigde:

“We stellen voor om de voorwaarde (‘op voorwaarde dat eventuele extra inkomsten

worden gebruikt om de kosten van de gemeentelijke afvalverwerking te verminderen of niet te verhogen') te schrappen. Voorts mogen deze inrichtingen volgens het ontwerp-artikel 22*quater*, lid 4, de heffing niet doorberekenen aan de consument (en mag de heffing dus niet leiden tot een stijging van de kosten voor afvalbeheer). Dit laatste kan verduidelijkt worden in de memorie van toelichting."

Met die aanpak kan worden ingestemd.

11. Het ontworpen artikel 22*ter*, § 8, van de wet van 19 april 1999 bevat een machtiging aan de Koning om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de geldigheidsduur van de heffing (1 augustus 2022 tot 30 juni 2023) te verlengen en om het inkomstenplafond te wijzigen, alsook om in voorkomend geval de procedures voor de aangifte en de vaststelling van de heffing aan te passen. Er wordt voorzien in een bekrachtigingsregeling voor die besluiten.

Een dergelijke machtiging aan de Koning voor essentiële elementen van een aan de wetgever voorbehouden aangelegenheid, zoals de ontworpen heffing er een is, veronderstelt onder meer dat de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken.⁸ Er kan weliswaar worden aangenomen dat een eventuele verlenging van de heffing afhankelijk is van de evaluatie door de Europese Commissie van de toepassing van onder meer de regeling inzake het verplicht plafond op marktinkomsten, uiterlijk 30 april 2023, zoals bepaald in artikel 20, lid 1, van verordening (EU) 2022/1854. Dat neemt niet weg dat de ontworpen machtiging dan beter uitdrukkelijk in verband wordt gebracht met de implementatie van nieuwe Europeesrechtelijk voorschriften, zodat duidelijk is dat er dwingende redenen moeten zijn die nopen tot een snel optreden, dat niet tijdig zou kunnen gebeuren wanneer de wetgever zelf eerst zou moeten optreden.

Artikel 5

12. Het ontworpen artikel 22*quater*, § 6, van de wet van 29 april 1999 verwijst voor het gebruik van de inkomsten van de ontworpen heffing naar artikel 10 van verordening (EU) 2022/1854, maar die verordeningsbepaling laat aan de lidstaten net een aantal mogelijkheden, waaruit niet wordt gekozen in de ontworpen regeling. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

"De modaliteiten voor de herverdeling van de geïnde bedragen worden en zullen worden vastgesteld in de maatregelen die door de regering worden aangenomen en waarop de Europese Commissie controle zal uitoefenen. In ieder geval herhaalt de ontwerptekst de verplichting voor de lidstaten om hun inkomsten te verdelen overeenkomstig artikel 10 van Verordening (EU) nr. 2022/1854."

De noodzakelijke nadere lidstatelijke bepalingen over het gebruik van de opbrengsten van de heffing moeten ofwel in de thans ontworpen regeling worden opgenomen, ofwel in andere, op korte termijn aan te nemen regelingen. In elk geval voegt het ontworpen

⁸ GwH 7 juli 2016, nr. 107/2016, B.4.2.

artikel 22^{quater}, § 6, in zijn huidige vorm niets toe aan de voormelde verordeningsbepaling en moet het dan ook worden weggelaten uit het voorontwerp.

13. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 7.4, bepaalt het ontworpen artikel 22^{quater}, § 8, van de wet van 29 april 1999, dat de ontworpen heffing geen jaarlijkse vergoeding is. In de memorie van toelichting wordt vermeld dat de ontworpen heffing “een ‘belasting van algemene toepassing’ [is] en geen heffing die specifiek verband houdt met de eigendom of de exploitatie van kerncentrales”.

Een dergelijke kwalificatie van de ontworpen heffing als een “belasting van algemene toepassing”, als bedoeld bij de artikelen 4/1, § 4, en 4/2, § 2, van de wet van 31 januari 2003 ‘houdende de geleidelijke uitstap uit kernenergie voor industriële elektriciteitsproductie’ is echter betwistbaar, nu de ontworpen heffing enkel geldt voor de energiesector en enkel betrekking heeft op overwinsten. Om die reden lijkt de ontworpen heffing alleszins te moeten worden onderscheiden van de vennootschapsbelasting, die betrekking heeft op het totale bedrag van de winst.⁹⁻¹⁰

De omstandigheid dat de jaarlijkse vergoeding bedoeld in de voormelde artikelen 4/1 en 4/2 overeenkomstig de voormelde wetsbepalingen “alle andere heffingen ten voordele van de Staat uit[sluit] (met uitzondering van de belastingen van algemene toepassing) die zouden zijn verbonden aan de eigendom of de exploitatie van de [betrokken kerncentrales], aan de inkomsten, productie of productiecapaciteit van deze centrale of aan het gebruik van [nucleaire brandstof] door [deze kerncentrales]”, neemt niet weg dat de wetgever tot nieuwe beleidsinzichten kan komen aangaande het opleggen van nieuwe heffingen.¹¹ In dat geval zouden de betrokken bepalingen beter in die zin worden gewijzigd, althans in zoverre de gecombineerde toepassing van de ontworpen heffing en de jaarlijkse vergoeding kan worden verantwoord (zie daarover opmerking 7.4).

De conclusie is dat de ontworpen bepaling beter kan worden weggelaten.

Artikel 7 tot 11

14. In het voorontwerp ontbreekt een artikel 6. De huidige artikelen 7 en volgende van het voorontwerp moeten bijgevolg worden vernummerd (onder voorbehoud van opmerking 16).

⁹ Zie artikel 185, § 1, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

¹⁰ Zie ook het voormelde adv.RvS 71.400/3, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2558/003, 7 (opmerking 6.4).

¹¹ Ook al kan een dergelijk nieuw wetgevend initiatief leiden tot een aansprakelijkheidsvordering tegen de Belgische Staat omwille van de overeenkomst die de Belgische Staat op 30 november 2015 heeft gesloten met Engie en Electrabel. Zie daarover het voormelde adv.RvS 71.400/3, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2558/003, 6-7 (opmerking 6.3).

Artikel 10

15. Bij het opstellen van de wijzigingsbepalingen in het huidige artikel 10 van het voorontwerp werd geen rekening met de recente wijziging van artikel 31 van de wet van 29 april 1999 door artikel 29 van de wet van 23 oktober 2022 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en tot omzetting van de Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU’, waarbij in elk van de betrokken opsommingen van bepalingen de vermelding “en 49°” werd ingevoegd. De formulering van de thans ontworpen wijzigingsbepalingen moet in het licht daarvan worden aangepast.

Slotopmerking

16. Uit de tekst van het om advies voorgelegd voorontwerp blijkt niet dat het strekt tot de gedeeltelijke uitvoering van verordening (EU) 2022/1854. Dit zou moeten worden verduidelijkt in een nieuw in te voegen artikel 2.

*

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^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 :

« Volgens de recent aangenomen Europese Verordening (EU) 2022/1854 van de Raad van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen, moet van 1 december 2022 tot 30 juni 2023 immers een plafond op marktinkomsten van elektriciteitsproducenten ('plafond') gelden, waarboven de inkomsten van infra-marginale producenten worden geacht een overschot te vormen die moet worden ingehouden voor herverdeling aan de eindverbruikers.

Om een ontijdige uitvoering van deze Verordening te vermijden dient de wet dus gepubliceerd te zijn vóór 1 december 2022.

In uitvoering van de beslissing van 18 oktober 2022 inzake de meerjarenbegroting 2023-2024 wordt, gezien de hoge energieprijzen in aanloop van het uitbreken van de oorlog in Oekraïne op 24 februari 2022 en in het bijzonder in augustus 2022, waarbij grote overwinsten werden gemaakt, voor de start van de periode waarbinnen het [overschot] wordt ingehouden 1 augustus 2022 genomen.

Gezien de bovenvermelde periodes waarin het plafond zou gelden en om alle betrokken marktspelers zo snel als mogelijk duidelijkheid te verschaffen wordt gewerkt naar een publicatie in het Belgisch Staatsblad vóór 1 december 2022. Daarom wordt het wetsontwerp niet in de Programmawet opgenomen, maar volgt dit voorstel een apart traject ».

*

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 ¹ ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

3. L'avant-projet de loi soumis pour avis modifie la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' en vue de prévoir un plafond sur les recettes issues du marché des producteurs d'électricité. Ce faisant, il vise à pourvoir à l'exécution partielle des articles 6 à 10 du règlement (UE) 2022/1854 du Conseil du 6 octobre 2022 'sur une intervention d'urgence pour faire face aux prix élevés de l'énergie'.

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

Outre l'introduction d'un certain nombre de définitions (article 2 de l'avant-projet), l'avant-projet insère un nouveau chapitre *Vter* (« Plafond sur les recettes issues du marché des producteurs d'électricité ») dans la loi du 29 avril 1999 (article 3 de l'avant-projet).

L'article 22*ter*, §§ 1^{er} à 4, en projet, de la loi du 29 avril 1999 (article 4 de l'avant-projet) instaure un prélèvement de 100% sur les recettes excédentaires dépassant 130 euros par MWh d'électricité, réalisées entre le 1^{er} août 2022 et le 30 juin 2023 par :

- toute personne physique ou morale ayant injecté de l'électricité sur le réseau de transport, un réseau ayant une fonction de transport, un réseau de distribution, un réseau fermé industriel, un réseau de traction ferroviaire ou une ligne directe, au moyen d'une installation de production d'électricité située en Belgique relevant d'une des technologies énumérées à l'article 7, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/1854, d'une puissance installée minimale de 1 MW ;
- les exploitants et les propriétaires de centrales nucléaires industrielles, le cas échéant à concurrence de leur quote-part dans la production.

Les communautés énergétiques citoyennes, les communautés d'énergie renouvelable et les communautés équivalentes, qui transfèrent directement les recettes excédentaires aux consommateurs, sont exemptées du prélèvement. Le plafonnement des recettes est porté de 130 à 180 euros par MWh d'électricité pour les installations qui produisent de l'électricité à partir de combustibles solides ou gazeux issus de la biomasse, ainsi que pour les incinérateurs de déchets municipaux qui utilisent tout revenu supplémentaire pour réduire ou ne pas augmenter le coût du traitement des déchets municipaux.

L'article 22*ter*, § 5, en projet, détermine les recettes issues du marché, réalisées par les débiteurs précités du prélèvement, sur la base d'un certain nombre de présomptions, en fonction de certaines caractéristiques de la production, de la vente et du mécanisme de support éventuellement applicable. Les deux premières présomptions concernent les exploitants des centrales nucléaires de Doel 3 et 4 et de Tihange 1 à 3 et sont irréfragables. Les trois autres présomptions peuvent être renversées. La troisième présomption concerne la vente au moyen d'un contrat d'achat d'électricité. La quatrième présomption (de couverture de vente à terme sur trois ans) concerne la production qui ne relève pas des présomptions précédentes et qui ne bénéficie pas d'un mécanisme de soutien à la production ou qui bénéficie d'un mécanisme de soutien à la production qui ne dépend pas de l'évolution du prix de l'électricité ou qui dépend de l'évolution de ce prix sur une période de trois ans. La cinquième présomption (de couverture de vente à terme sur un an) concerne les autres cas de production. Il est également prévu comment les trois dernières présomptions peuvent être renversées.

L'article 22*ter*, § 6, en projet, règle la déclaration à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) par les débiteurs du prélèvement. Selon l'article 22*ter*, § 7, en projet, la CREG formule une proposition pour le prélèvement dû en ce qui concerne chaque débiteur pour la période du 1^{er} août au 31 décembre 2022 (au plus tard le 30 juin 2023) et pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2023 (au plus tard le 31 décembre 2023) et transmet ces propositions au Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie.

L'article 22ter, § 8, en projet, habilite le Roi à prolonger la période visée par le prélèvement, à modifier les plafonds sur les recettes et à adapter les modalités de déclaration et de fixation du prélèvement. Un régime de confirmation est prévu.

L'article 22quater, § 1^{er}, en projet, de la loi du 29 avril 1999 (article 5 de l'avant-projet) charge la CREG du contrôle de la déclaration et de la proposition de fixation du prélèvement. L'article 22quater, §§ 2 et 3, en projet, règle la fixation, par le Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie, du montant du prélèvement dû, ainsi que le paiement de ce montant, les conséquences d'un paiement tardif et le remboursement éventuel des trop-perçus.

Conformément à l'article 22quater, § 4, en projet, les débiteurs ne peuvent facturer ou répercuter en aucune façon le prélèvement directement ou indirectement à d'autres entreprises ou clients finals.

L'article 22quater, § 5, en projet, prévoit une réduction du prélèvement à concurrence de la partie de la contribution de répartition (pour les centrales nucléaires de Doel 3 et 4 et de Tihange 2 et 3) et de la redevance annuelle (pour la centrale nucléaire de Tihange 1) ², qui concerne les recettes issues du marché excédant le plafond de 130 euros par MWh d'électricité.

L'article 22quater, § 6, en projet, dispose que les recettes du prélèvement sont utilisées conformément à l'article 10 du règlement (UE) 2022/1854. Aux termes de l'article 22quater, §§ 7 à 9, en projet, le prélèvement constitue des frais professionnels fiscalement déductibles, n'est pas un prélèvement au sens de la redevance annuelle précitée et constitue une charge réelle comme il est indiqué dans le régime de cette redevance annuelle.

Dans le prolongement de ce qui précède, les articles 7 à 10 de l'avant-projet apportent plusieurs modifications à la loi du 29 avril 1999 en ce qui concerne les tâches et les compétences de contrôle et de recherche de la CREG.

Conformément à l'article 11 de l'avant-projet, la loi dont l'adoption est envisagée entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

FORMALITÉS

4. En vertu de l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', une concertation associant les gouvernements (régionaux) concernés et l'autorité fédérale a lieu « pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors des compétences énumérées [à l'article 6], § 1^{er}, VII », de cette loi. À la question de savoir si cette concertation a eu lieu, le délégué a répondu en ces termes :

« Het schijnt ons toe dat er geen overlegverplichting geldt voor dit wetsontwerp omdat het om een exclusief toegewezen en voorbehouden federale bevoegdheid van inzake

² La contribution de répartition pour les centrales nucléaires de Doel 1 et 2 est fixée forfaitairement ; il n'est pas prévu de réduction analogue de la contribution pour ces centrales nucléaires.

belastingen gaat, onder meer op grond van artikel 170 GW en de in de memorie van toelichting aangehaalde arresten van het Grondwettelijk Hof.

Een belasting, die een louter fiscale maatregel is, is geen maatregel die ingrijpt op het energiebeleid van de gewesten. Hij strekt er niet toe de elektriciteitsdistributie of de openbare gasdistributie te regelen. Hij strekt er enkel toe in bijkomende inkomsten te voorzien voor de federale overheid.

Het is niet omdat een fiscale maatregel in het bijzonder met een bepaalde materie is verbonden, dat die fiscale maatregel niet langer als een fiscale maatregel zou moeten worden beschouwd, maar als een regeling van de betrokken materie als zodanig. Traditioneel wordt immers aanvaard dat de fiscale bevoegdheid los staat van de materiële bevoegdheidsverdeling. Een (federale) belasting blijft dus een (federale) belasting, ook al houdt zij verband met een welbepaalde specifieke materie (zelfs indien die materie tot de deelstatelijke bevoegdheden behoort).

Het loutere feit dat deze belasting een weerslag zou kunnen hebben op het 'energiebeleid' van de gewesten impliceert op zichzelf nog geen overlegverplichting in de zin van artikel 6, § 3, 2° BWHI. Een dergelijke interpretatie zou immers betekenen dat de federale overheid voor elke uitoefening van haar fiscale bevoegdheid een dergelijk overleg met de gewesten zou moeten plegen. Een dergelijk lezing van artikel 6, § 3, 2° BWHI holt de fiscale bevoegdheid die de grondwetgever aan de federale overheid heeft toegekend, uit.

Bovendien wordt er met deze tijdelijke maatregel geen aanzienlijke weerslag op de energieproductie of het energiebeleid beoogd noch verwacht. Het vastgestelde prijsplafond laat toe om de kosten van de energieproductie te dekken en viseert een surplus aan inkomsten van de inframarginale producenten, d.w.z. inkomsten die veel hoger liggen dan de inkomsten die redelijkerwijs konden worden verwacht. Er is inderdaad op toegezien dat het vastgestelde plafond beantwoordt aan de voorwaarden opgenomen in artikel 8.2 van de Verordening (EU) 2022/1854, onder meer dat er geen verstorende werking op de groothandelsmarkt voor elektriciteit mag zijn.

Niettemin heeft de federale overheid in Enover een overleg over dit onderwerp met de Gewesten gehouden op 21 oktober 2022 ».

La circonstance que la mesure en projet est de nature fiscale n'empêche pas qu'elle s'inscrive également dans le cadre de la politique de l'énergie et qu'elle peut bel et bien avoir un impact significatif sur la politique énergétique des régions ³. En juger autrement aurait pour effet de permettre à l'autorité fédérale d'échapper à l'obligation de concertation en donnant à des mesures radicales portant sur la politique de l'énergie la forme de mesures fiscales. Par ailleurs, la mesure en projet opère une distinction entre les sources d'énergie, un régime plus favorable s'appliquant à la production d'électricité à partir de la biomasse, de biogaz et de l'incinération de déchets municipaux. D'une manière plus générale, on ne peut nullement exclure que l'imposition des bénéfices réalisés par les producteurs d'électricité puisse avoir des conséquences pour les aspects régionaux de la politique de l'énergie.

³ Comparer avec l'avis C.E. 52.464/3 du 4 décembre 2012 sur un avant-projet devenu la loi du 27 décembre 2012 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie', *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n° 53-2579/001, p. 14 (observation 6) ; l'avis C.E. 55.402/3 du 19 mars 2014 sur un avant-projet devenu la loi du 8 mai 2014 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie', *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3511/001, p. 146 (observation 4) ; l'avis C.E. 71.400/3 du 3 juin 2022 sur une proposition de loi 'instituant une taxe spéciale sur les surprofits dans le secteur de l'énergie', *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2558/003, pp. 3-4 (observation 3).

En tout état de cause, il ressort de la réponse du délégué qu'une concertation avec les régions a déjà eu lieu le 21 octobre 2022. Il est conseillé de conserver un rapport écrit de cette concertation afin de pouvoir démontrer que l'autorité fédérale a effectivement pu tenir compte des points de vue adoptés par les régions quant à la réglementation en projet.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. L'avant-projet est d'une nature très technique, si bien qu'il n'est pas aisé d'en cerner toutes les finesses. Compte tenu notamment du bref délai qui lui a été imparti pour rendre le présent avis, le Conseil d'État a uniquement pu examiner *prima facie* et dans les grandes lignes l'avant-projet au regard des normes supérieures, comme le principe d'égalité et le droit de propriété.

Dès lors, la circonstance qu'une disposition ne fasse l'objet d'aucune observation dans le présent avis ne peut nullement signifier qu'il n'y a rien à en dire et, si toutefois une observation est formulée, cela n'implique pas qu'elle soit exhaustive. Il reviendra à la Cour constitutionnelle de statuer, le cas échéant, sur les inconstitutionnalités alléguées, fondées sur des éléments de fait dont le Conseil d'État n'a éventuellement pas pu tenir compte dans cet avis.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

6. L'article 2, 3°, de l'avant-projet vise à ajouter deux nouvelles définitions (points 118° et 119° en projet) à l'article 2 de la loi du 29 avril 1999. L'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', sur lequel la section de législation a donné le 6 octobre 2022 l'avis 72.004/VR, prévoit déjà l'ajout de deux nouvelles (et d'autres) notions définies comme nouveaux points 118° et 119° du même article 2. Il faudra veiller à ce que les numéros de ces nouvelles définitions ne fassent pas double emploi.

Article 4

7.1. L'article 6, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/1854 s'énonce comme suit :

« Les recettes issues du marché obtenues par les producteurs d'électricité à partir des sources visées à l'article 7, paragraphe 1, sont plafonnées à un maximum de 180 EUR par MWh d'électricité produite ».

Dès lors que le texte fait mention d'un plafond « maximum » de 180 euros par MWh, les États membres peuvent prévoir un plafond inférieur lors de la mise en œuvre du plafond sur les recettes issues du marché, ainsi qu'il ressort également de l'article 8, paragraphe 1, a), du règlement (UE) 2022/1854, qui fait état de la possibilité de « (limiter) davantage les recettes issues du marché [...], y compris la possibilité d'effectuer une distinction entre les technologies ».

L'exposé des motifs justifie le choix des auteurs de l'avant-projet d'instaurer en principe (sous réserve des dérogations mentionnées à l'article 22ter, alinéas 2 à 4, en projet, de la loi du 29 avril 1999) un plafond de 130 euros par MWh d'électricité (article 22ter, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 29 avril 1999), comme suit :

« Le Règlement (UE) 2022/1854 fixe le plafond sur les recettes issues du marché à 180 EUR/MWh, considéré comme 'nettement et systématiquement' supérieur aux prix de pointe moyens sur le marché de gros avant février 2022, et donc comme à un niveau bien supérieur aux attentes des acteurs du marché lors des décisions initiales d'investissement au cours de cette période.

L'article 8.1, a), du Règlement (UE) 2022/1854 permet toutefois aux États membres de limiter davantage les recettes issues (du) marché des producteurs visés.

En effet, la Commission européenne prévoit que le plafond soit supérieur au prix de pointe moyen attendu. La Commission considère, en effet, que les heures de pointe correspondent à minimum 10% des heures les plus chères. La valeur maximale du prix de pointe moyen attendu peut donc être estimée, par la moyenne des prix des 10% des heures les plus chères sur EPEX SPOT Belgique, observée avant la crise énergétique actuelle et avant la crise du COVID pour éviter de la sous-estimer.

La CREG a pris la valeur maximale du prix de pointe moyen attendu, estimée par la moyenne des prix des 10% des heures les plus chères sur EPEX SPOT Belgium, observée avant la crise énergétique actuelle et avant la crise du COVID pour éviter de la sous-estimer. Le prix de pointe moyen attendu peut donc être estimé aux environs de 80 EUR/MWh. En effet, en 2019, le prix de pointe moyen en Belgique était de 76 EUR/MWh et sur la période 2016-2019, le prix de pointe moyen en Belgique était de 86 EUR/MWh. La CREG a également examiné les prix à terme pour 2020 en 2019. Dans ce contexte, les attentes des acteurs belges qui produisent de l'électricité (étaient) de 53 EUR/MWh.

Le niveau auquel le plafond est fixé ne devrait pas compromettre la capacité des producteurs auxquels il est appliqué, y compris les producteurs d'énergie renouvelable, à récupérer leurs investissements et leurs coûts d'exploitation, et devrait préserver et encourager les investissements futurs dans les capacités nécessaires à un système électrique décarboné et fiable. Sur cette base, il est proposé d'ajouter au prix de pointe moyen attendu avant la crise énergétique un incitant à l'investissement de 50 EUR/MWh et [...] donc (de) fixer le plafond des revenus du marché à 130 EUR/MWh (soit les 80 EUR/MWh précité[s] + 50 EUR).

À cet égard, il faut relever que la CREG dispose d'un aperçu des contrats, de la formation des prix, des processus d'achat et de vente d'électricité en Belgique. En tant qu'acteur du marché belge de l'énergie, en 2019, 80 EUR/MWh apparaît donc comme le prix maximum attendu au moment des investissements dans le domaine de production d'électricité en Belgique.

À partir de ce point de référence, l'article 8.2.b) du Règlement (UE) 2022/1854 indique explicitement que les mesures nationales adoptées par les États membres ne peuvent pas compromettre les signaux d'investissement. Ainsi, des recettes non prévues peuvent être réalisé(e)s pour dégager un bénéfice et permettre les investissements dont notre pays a besoin pour la sécurité de l'approvisionnement et la transition énergétique. Toutefois, une situation donnée ne devrait pas conduire à ce que les mêmes acteurs bénéficient de recettes exceptionnelles au détriment des consommateurs. Sur cette base, il est donc appliqué une marge raisonnable de 50 EUR supplémentaires à ces 80 EUR/MWh. De cette façon, le plafond belge doit être fixé à 130 EUR/MWh.

Ce plafond est par ailleurs inférieur au niveau du prix de pointe moyen observé sur la période 2015-janvier 2022 qui s'élevait à 123 EUR/MWh alors que cette période inclut le début de la crise énergétique. Si ce plafond permet ainsi de conserver les signaux d'investissement, il permet, en même temps, d'écarter et d'utiliser les recettes excédentaires réalisé[e]s à 100% en vue du financement des mesures destiné(e)s à réduire l'impact de la crise de l'énergie sur les consommateurs ».

L'exposé des motifs contient en outre des explications circonstanciées à propos des limites dérogatoires mentionnées à l'article 22ter, § 4, alinéas 2 à 4, en projet, de la loi du 29 avril 1999, le seuil plus élevé de 180 euros par MWh d'électricité étant néanmoins conditionnellement appliqué à la production d'électricité à partir de la biomasse, de biogaz et de l'incinération de déchets municipaux.

7.2. Selon une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de mesures fiscales, qui constituent un élément essentiel de la politique socio-économique ⁴. En outre, en ce qui concerne les limites dérogatoires précitées, les différences de traitement qui découlent des choix politiques que le législateur fait à cet égard ne peuvent être censurées que si ceux-ci sont manifestement dépourvus de justification raisonnable ⁵.

La justification que l'exposé des motifs fournit en l'espèce paraît convaincante, sous réserve de ce qui suit.

7.3. Le choix politique de soumettre les recettes excédentaires issues du marché dépassant le plafond réduit de 130 (au lieu de 180) euros par MWh d'électricité à un prélèvement de 100 pour cent, entraînant un écrémage complet de ces excédents, s'analyse en une ingérence radicale dans les droits de propriété des entreprises concernées, que l'exposé des motifs justifie comme suit :

« Le prélèvement est fixé à 100 (pour cent) des recettes excédentaires. Le Règlement (UE) 2022/1854 prévoit un effet une captation totale des recettes au-delà du plafond qu'il détermine – sans préjudice pour les États membres de prévoir un plafond spécifique.

⁴ Voir notamment C.C., 5 mars 2015, n° 25/2015, B.6.

⁵ C.C., 30 mars 2010, n° 32/2010, B.7.3.

Compte tenu du contexte dans lequel il est prévu, il ne peut être question d'une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Comme le précise le (considérant) 28[...] du Règlement 2022/1854 (:

‘Si des hausses occasionnelles et à court terme des prix peuvent être considérées comme une caractéristique normale d'un marché de l'électricité et peuvent être utiles à certains investisseurs pour récupérer leurs investissements dans la production, l'augmentation extrême et durable des prix observée depuis février 2022 est très différente d'une situation de marché normale caractérisée par des hausses occasionnelles des prix. Par conséquent, le plafond sur les recettes issues du marché ne devrait pas être fixé en dessous des attentes raisonnables des acteurs du marché quant au niveau moyen des prix de l'électricité aux heures pendant lesquelles la demande d'électricité était à son plus haut niveau avant la guerre d'agression menée par la Russie contre l'Ukraine. Avant février 2022, les tarifs de pointe moyens escomptés sur le marché de gros de l'électricité étaient au cours des dernières décennies nettement et systématiquement inférieurs à 180 EUR par MWh dans l'ensemble de l'Union, et ce malgré les différences des prix de l'électricité entre les régions de l'Union. Étant donné que les acteurs du marché ont pris leur décision initiale d'investissement en escomptant que les prix seraient en moyenne inférieurs à ce niveau pendant les heures de pointe, le plafond sur les recettes issues du marché fixé à 180 EUR par MWh représente un niveau nettement supérieur à ces attentes initiales du marché. En laissant une marge par rapport au prix que les investisseurs pouvaient raisonnablement anticiper, il y a lieu de veiller à ce que le plafond sur les recettes issues du marché ne contrecarre pas l'évaluation initiale de la rentabilité des investissements’.

En Belgique, la Cour constitutionnelle rappelle dans ses décisions, que l'ingérence dans le droit au respect des biens doit être raisonnablement proportionnée au but poursuivi :

‘En outre, aux termes de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel, la protection du droit de propriété 'ne [porte] pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes'. L'ingérence dans le droit au respect des biens n'est compatible avec ce droit que si elle est raisonnablement proportionnée au but poursuivi, c'est-à-dire si elle ne rompt pas le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et celles de la protection de ce droit. Même si le législateur fiscal dispose d'une large marge d'appréciation, un impôt viole dès lors ce droit s'il fait peser sur le contribuable une charge excessive ou porte fondamentalement atteinte à sa situation financière (CEDH, 31 janvier 2006, Dukmedjian c. [France], §§ 52-58; décision, 15 décembre 2009, Tardieu de Maleissye e.a. c. [France]; 16 mars 2010, Di Belmonte c. Italie, §§ 38 à 40)’ (C.C., 20 janvier 2022, n° 9/2022).

Les recettes excédentaires sont définies comme dans le règlement (UE) 2022/1854, en lien avec les recettes issues du marché (visées au paragraphe 5 en projet) et le plafond de ces recettes [...] ».

Il est exact que le règlement européen part du principe d'un écrémage complet des recettes excédant un plafond déterminé, qui peut être réduit par les États membres. Il n'en demeure pas moins que la combinaison de l'écrémage complet prévu par le règlement (ou, en d'autres termes, l'imposition des surprofits à 100 pour cent) et du choix des auteurs de l'avant-projet de réduire en principe, de manière significative, le plafond de 180 à 130 euros par MWh d'électricité peut aboutir à une situation où le juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de

la protection du droit de propriété n'existe plus. L'exposé des motifs soutient sur ce point que les attentes du marché en matière de recettes avant février 2022 « étaient [...] nettement [...] inférieur(e)s à 180 EUR par MWh » et que « le plafond sur les recettes issues du marché fixé à 180 EUR par MWh représente un niveau nettement supérieur à ces attentes initiales du marché ». Ceci ne justifie toutefois pas encore pourquoi l'abaissement du plafond de 180 à 130 euros par MWh d'électricité s'analyse encore comme un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la protection du droit de propriété. À cet égard, il faut également relever l'exigence énoncée à l'article 8, paragraphe 2, a), du règlement (UE) 2022/1854, qui prévoit que les mesures prises par les États membres en exécution du règlement doivent être non seulement non discriminatoires, mais également proportionnées.

Il faut également tenir compte des exigences énoncées à l'article 8, paragraphe 2, b) à d), du même règlement, qui impliquent que les mesures prises par les États membres en exécution du règlement ne peuvent pas compromettre les signaux d'investissement, qu'elles doivent faire en sorte que les coûts d'investissements et de fonctionnement soient couverts et qu'elles ne peuvent pas fausser le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité et, en particulier, ne peuvent pas affecter l'ordre de préséance économique (« *merit order* ») ni la formation des prix sur le marché de gros.

À ce sujet, l'exposé des motifs indique ce qui suit :

« En effet, la Commission européenne prévoit que le plafond soit supérieur au prix de pointe moyen attendu. La Commission considère, en effet, que les heures de pointe correspondent à minimum 10% des heures les plus chères.

La valeur maximale du prix de pointe moyen attendu peut donc être estimée, par la moyenne des prix des 10% des heures les plus chères sur EPEX SPOT Belgique, observée avant la crise énergétique actuelle et avant la crise du COVID pour éviter de la sous-estimer.

La CREG a pris la valeur maximale du prix de pointe moyen attendu, estimée par la moyenne des prix des 10% des heures les plus chères sur EPEX SPOT Belgium, observée avant la crise énergétique actuelle et avant la crise du COVID pour éviter de la sous-estimer. Le prix de pointe moyen attendu peut donc être estimé aux environs de 80 EUR/MWh. En effet, en 2019, le prix de pointe moyen en Belgique était de 76 EUR/MWh et sur la période 2016-2019, le prix de pointe moyen en Belgique était de 86 EUR/MWh. La CREG a également examiné les prix à terme pour 2020 en 2019. Dans ce contexte, les attentes des acteurs belges qui produisent de l'électricité était de 53 EUR/MWh.

Le niveau auquel le plafond est fixé ne devrait pas compromettre la capacité des producteurs auxquels il est appliqué, y compris les producteurs d'énergie renouvelable, à récupérer leurs investissements et leurs coûts d'exploitation, et devrait préserver et encourager les investissements futurs dans les capacités nécessaires à un système électrique décarboné et fiable. Sur cette base, il est proposé d'ajouter au prix de pointe moyen attendu avant la crise énergétique un incitant à l'investissement de 50 EUR/MWh et de donc fixer le plafond des revenus du marché à 130 EUR/MWh (soit les 80 EUR/MWh précité + 50 EUR).

[...] Toutefois, une situation donnée ne devrait pas conduire à ce que les mêmes acteurs bénéficient de recettes exceptionnelles au détriment des consommateurs. Sur cette base, il est donc appliqué une marge raisonnable de 50 EUR supplémentaires à ces 80 EUR/MWh. De cette façon, le plafond belge doit être fixé à 130 EUR/MWh.

Ce plafond est par ailleurs inférieur au niveau du prix de pointe moyen observé sur la période 2015-janvier 2022 qui s'élevait à 123 EUR/MWh alors que cette période inclut le début de la crise énergétique ».

Le délégué a encore déclaré à cet égard ce qui suit :

« Verordening (EU) 2022/1854 is gebaseerd op het beginsel dat 'de buitengewone marktinkomsten van producenten met lagere marginale kosten tijdelijk worden beperkt door de toepassing van het plafond op marktinkomsten uit de verkoop van elektriciteit binnen de Unie' (overweging 25). Het in artikel 6 van Verordening (EU) nr. 2022/1854 bedoelde 'inkomstenplafond' betekent derhalve dat marktinkomsten boven het plafond volledig aan de lidstaten moeten worden doorgegeven. Deze regel geldt voor elke producent van elektriciteit uit inframarginale technologieën.

Marktinkomsten onder het plafond vallen niet onder de heffing en blijven onderworpen aan bestaande maatregelen (zoals de repartitiebijdrage voor reactoren van de tweede generatie en de jaarlijkse bijdrage voor Tihange 1). Met andere woorden, de producenten blijven aan de huidige maatregelen onderworpen tot het niveau van de 'normale' marktinkomsten, d.w.z. tot het plafond van EUR 130/MWh, dat gebaseerd is op de inkomsten waarop zij hun investeringsbeslissingen redelijkerwijs hadden kunnen baseren, plus EUR 50/MWh (zodat een deel van de vrijgestelde extra inkomsten overblijft). Enerzijds gelden de maatregelen dus niet cumulatief voor dezelfde inkomsten en anderzijds leidt de heffing er niet toe dat de producenten de inkomsten worden ontnomen die zij zouden hebben ontvangen onder de marktvoorwaarden waarop zij hun investeringsbeslissingen hebben gebaseerd.

Meer algemeen, mag het proportioneel karakter van de algemene grens van 130€/MWh ook blijken uit:

1. De heffing is gebaseerd op reële overwinsten waarvan de oorsprong ligt in de bijzondere omstandigheden van het prijsvormingsmechanisme voor infra-marginale producenten waarop de energiecrisis een bijzondere impact heeft, zoals aangetoond door de studies van de CREG en de NBB.
2. Voor de berekening van het plafond wordt nog een investeringsstimulus van 50 EUR per MWh toegevoegd aan de verwachte gemiddelde piekprijs van voor de energiecrisis om zo het vermogen van producenten om hun investeringen en exploitatiekosten terug te verdienen, niet in gevaar te brengen. Het plafond voor de marktinkomsten is zo voldoende hoog om investeringssignalen niet in gevaar te brengen en (een deel van de) onverwachte inkomsten te realiseren om winst te maken. Op basis hiervan, is de heffing, ook al bedraagt die 100% van het surplus aan inkomsten (ook voor het deel dat meer bedraagt dan 130 EUR per MWh, maar minder dan het plafond van 180 EUR per MWh), geen excessieve of onevenredige last voor de geïnteresseerde schuldenaars.
3. Daarnaast ligt het plafond bijna 80 EUR per MWh hoger dan de maximale gemiddelde prijs die de markt redelijkerwijze kon verwachten in 2019 voor 2022. Deze producenten kunnen dus nog altijd bijna 80 euro per MWh meer marktinkomsten behalen dan wat de maximale verwachtingen daarvoor waren in 2019. De bijdragecapaciteit van de belastingplichtigen lijkt ook om die reden dan ook niet op onevenredige wijze aangetast.

4. In augustus 2022 zijn, volgens de studie van de CREG, de elektriciteitsprijzen op de groothandelsmarkten het sterkst gestegen. In het licht van de doelstelling van de regeling is het daarom van belang dat de heffing wordt toegepast op het surplus aan inkomsten sinds 1 augustus 2022 ».

Toutefois, le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement les données objectives sur lesquelles se base le montant de la « marge raisonnable » de 50 euros par MWh d'électricité qui, ajouté au prix de pointe estimé de 80 euros par MWh d'électricité, est utilisé pour atteindre le plafond sur les recettes issues du marché de 130 euros par MWh d'électricité. L'exposé des motifs devrait être complété sur ce point.

D'une manière plus générale, le Conseil d'État, faute de pouvoir cerner les éléments de fait nécessaires, n'est pas en mesure de déterminer s'il est satisfait aux exigences des dispositions réglementaires précitées. Il s'impose dès lors de formuler une réserve sur ce point en ce qui concerne la réglementation en projet.

7.4. Spécifiquement en ce qui concerne les exploitants et les propriétaires de centrales nucléaires, il faut également relever la combinaison du prélèvement en projet avec la contribution de répartition existante et la redevance annuelle ⁶, même si l'article 22^{quater}, § 5, en projet, de la loi du 29 avril 1999 prévoit une réduction du prélèvement à concurrence de la partie de cette contribution ou redevance excédant le plafond de 130 euros par MWh d'électricité. À cet égard, l'exposé des motifs calcule que les recettes issues du marché pour 2022, qui s'élèvent à 2 milliards d'euros selon le dispositif en projet, entraînent une imposition combinée (prélèvement et contribution de répartition ou redevance annuelle ensemble) de 930 millions d'euros plus 760 millions d'euros, donc un montant cumulé de 1,69 milliard d'euros ou 84,5 pour cent des recettes issues du marché.

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« In algemene zin, het plafond voor het surplus aan inkomsten is opgelegd bij Verordening (EU) 2022/1854 die, zoals hierboven opgemerkt, marktinkomsten die het plafond overschrijden behandelt als volledig terug te geven aan de lidstaten en te herverdelen onder de eindafnemers. Met andere woorden, het is Verordening (EU) 2022/1854 zelf die een dergelijke heffing oplegt. De heffing heeft geen weerslag op inkomsten die onder het plafond blijven. In de Memorie wordt bovendien duidelijk toegelicht waarom het gehanteerde plafond geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor producenten om hun investeringen en exploitatiekosten terug te verdienen, m.i.v. de mogelijkheid om toekomstige investeringen te doen. Op basis daarvan is de heffing wel degelijk proportioneel in het licht van het eigendomsrecht.

Voor het overige verandert de voorgestelde heffing niets aan of interfereert zij niet met andere reeds bestaande maatregelen, die van toepassing zijn onder het plafond.

⁶ Pour un historique succinct de ces deux taxes, voir l'avis C.E. 71.400/3 précité, *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2558/003, pp. 5-7 (observations 6.1 à 6.3).

Specifiek voor kerncentrales, is het in de toelichting gegeven voorbeeld gebaseerd op een louter illustratieve verdeling tussen inkomsten onder het plafond (25%) en inkomsten boven het plafond (75%) en illustreert het derhalve een situatie waarin 75% van de marktinkomsten door de voorgestelde heffing wordt gedekt. Bij een 50-50 verdeling zou de totale heffing dus 1,38 miljard bedragen, enz.

Zoals uitvoerig toegelicht in de memorie van toelichting impliceert het plafond van 130 euro dat de exploitanten van kerncentrales nog steeds veel meer inkomsten verkrijgen (waarop het plafond niet van toepassing is) dan wat zij redelijkerwijze konden verwachten toen zij de investeringsbeslissing namen. De maatregel legt dan ook geen onredelijke last op aan de kerncentrales en compromitteert geenszins hun financiële positie of hun mogelijkheid om toekomstige investeringen uit te voeren. De toepassing van het plafond in combinatie met de repartitiebijdrage of de jaarlijkse vergoeding (waarvan het deel van de bijdrage of jaarlijkse vergoeding dat betrekking heeft op opbrengsten boven het plafond overeenkomstig het voorontwerp van wet kan worden afgetrokken van de heffing) bewaart dan ook een billijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en de financiële positie van de kerncentrales, zodat de maatregel verenigbaar is met het recht op eigendom ».

Ces explications n'empêchent pas que l'exposé des motifs doive justifier plus avant l'écrémage plus radical des recettes issues du marché réalisées par les exploitants et les propriétaires de centrales nucléaires, précisément en raison de la combinaison (tempérée) avec la contribution de répartition existante et la redevance annuelle. La manière dont la réglementation en projet implique un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la situation financière des centrales nucléaires doit être davantage précisée.

À cet égard, il ne suffit en aucun cas de disposer, comme à l'article 22^{quater}, § 8, en projet, de la loi du 29 avril 1999, que le prélèvement en projet ne constitue pas une redevance annuelle. De même, la simple affirmation dans l'exposé des motifs que le prélèvement en projet « constitue [...] un 'impôt d'application générale' et non une charge spécifiquement liée à la propriété ou à l'exploitation des centrales nucléaires » n'est pas en soi une justification suffisante (voir également à ce sujet l'observation 13). Enfin, contrairement à ce que soutient le délégué, on ne peut pas non plus soutenir purement et simplement que le règlement (UE) 2022/1854 impose pareil prélèvement, dès lors que les auteurs de l'avant-projet choisissent eux-mêmes d'instaurer également un plafond réduit pour les centrales nucléaires et de ne tenir que partiellement compte de la contribution de répartition existante et de la redevance annuelle.

8. La formule « max (130 EUR ; LCOE + 50 EUR/MWh) » mentionnée à l'article 22^{ter}, § 4, alinéa 2, en projet, de la loi du 29 avril 1999 est rédigée en des termes peu clairs et peut dès lors être source d'insécurité juridique. Comme le délégué l'a confirmé, cette disposition doit être comprise en ce sens que la redevance s'élève à 130 euros pour les installations de production visées à l'alinéa 2 (en application de la règle générale), sauf si le LCOE ⁷ est supérieur à 80 euros, auquel cas un plafond plus élevé (et donc plus avantageux) s'applique. Cette règle devrait apparaître plus clairement dans le texte de la disposition précitée.

⁷ Il s'agit du coût actualisé de l'énergie (*levelized cost of energy*), défini à l'article 2, 118°, en projet, de la loi du 29 avril 1999.

9. Conformément à l'article 22ter, § 4, alinéas 3 et 4, en projet, de la loi du 29 avril 1999, le plafond sur les recettes issues du marché pour les installations qui produisent de l'électricité à partir de biogaz, de la biomasse et de l'incinération de déchets municipaux est fixé à 180 euros par MWh d'électricité, plutôt qu'à 130 euros par MWh d'électricité. L'exposé des motifs justifie ce plafond plus élevé comme suit :

« Dans le cas de la biomasse, cela est confirmé par l'augmentation du coût des combustibles observée dans les indices allemands, qui font appel aux mêmes flux de matières premières. Cet indice pour les 'déchets de bois contaminés (0-150 mm)', par exemple, est passé de -10 euros/tonne (juillet 2021) à +45 euros/tonne (juillet 2022). Cette augmentation de 55 euros/tonne se traduit par plus de 50 euros/MWh de recettes supplémentaires nécessaires pour la compenser. Un plafond inférieur au règlement entraînera également une augmentation des exportations de ces carburants au lieu d'une utilisation locale.

Des augmentations disproportionnées sont également enregistrées pour le biogaz pour les matières premières et donc les frais de carburant.

Les coûts des incinérateurs de déchets municipaux ont augmenté, entre autres en raison de l'utilisation du gaz naturel comme combustible et un plafond plus élevé est également appliqué ici pour éviter que les coûts de traitement des déchets n'augmentent encore. Les propriétaires de ces installations de production sont invités à démontrer que tout revenu supplémentaire sera également utilisé pour réduire le coût de l'élimination des déchets et du retour vers les villes et les communes ».

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

« Voor biomassacentrales en huisvuilverbrandingsinstallaties wordt de toepassing van een verhoogd plafond gerechtvaardigd door de gestegen brandstofkosten waarmee de producenten van deze installaties geconfronteerd worden. Indien eenzelfde plafond zou worden gehanteerd voor alle installaties, zou dat betekenen dat producenten die elektriciteit opwekken uit biomassabrandstoffen en huisvuilverbrandingsinstallaties nadeliger behandeld worden dan andere producenten. Zij worden immers geconfronteerd met hogere marginale kosten (o.m. als gevolg van de stijging van de brandstofkosten) waardoor zij, verhoudingsgewijs, dus minder winst zouden kunnen maken dan producenten die elektriciteit opwekken op basis van andere inframarginale technologieën. In die omstandigheden kan worden aangenomen dat een plafond van 130 EUR per MWh voor installaties die elektriciteit opwekken uit vaste of gasvormige biomassabrandstoffen afbreuk zou doen aan het vermogen van een producent om de investerings- en exploitatiekosten terug te verdienen, wat niet in overeenstemming zou zijn met de ratio legis van de Verordening en het Voorontwerp om enkel een surplus aan inkomsten af te romen en te herverdelen ».

Cette justification, qui se base essentiellement sur le coût des matières premières et des carburants, s'applique également, au moins jusqu'à un certain point, à d'autres producteurs d'électricité. Des éléments supplémentaires devront dès lors être fournis pour pouvoir justifier cette différence de traitement de manière concluante.

10. À la question de savoir pourquoi, dans le cas des incinérateurs de déchets municipaux (article 22ter, § 4, alinéa 4, en projet, de la loi du 29 avril 1999), il est fait référence à une condition relative à l'utilisation de « tout revenu supplémentaire », alors que l'avant-projet concerne une mesure fiscale qui aura justement pour effet d'imposer davantage de revenus supplémentaires, le délégué a répondu :

« We stellen voor om de voorwaarde ('op voorwaarde dat eventuele extra inkomsten worden gebruikt om de kosten van de gemeentelijke afvalverwerking te verminderen of niet te verhogen') te schrappen. Voorts mogen deze inrichtingen volgens het ontwerp-artikel 22quater, lid 4, de heffing niet doorberekenen aan de consument (en mag de heffing dus niet leiden tot een stijging van de kosten voor afvalbeheer). Dit laatste kan verduidelijkt worden in de memorie van toelichting ».

On peut se rallier à cette manière de procéder.

11. L'article 22ter, § 8, en projet, de la loi du 29 avril 1999, habilite le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, à prolonger la durée de validité du prélèvement (1^{er} août 2022 au 30 juin 2023) et à modifier le plafond sur les recettes, ainsi qu'à adapter, le cas échéant, les modalités de déclaration et de fixation du prélèvement. Un régime de confirmation est prévu pour ces arrêtés.

Pareille habilitation au Roi lui permettant de fixer les éléments essentiels d'une matière réservée au législateur, comme le prélèvement en projet en est un, suppose notamment que le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas de réaliser un objectif d'intérêt général⁸. Il peut certes être admis qu'une prolongation éventuelle du prélèvement dépend du réexamen par la Commission européenne de l'application, notamment, des règles relatives au plafonnement obligatoire des recettes issues du marché, au plus tard le 30 avril 2023, comme le prévoit l'article 20, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/1854. Il n'empêche que, dans ce cas, il vaudrait mieux mettre l'habilitation en projet explicitement en relation avec la mise en œuvre de nouvelles prescriptions de droit européen, afin qu'il apparaisse clairement qu'il doit exister des raisons impérieuses nécessitant une intervention rapide, laquelle pourrait ne pas avoir lieu en temps utile si le législateur devait d'abord intervenir lui-même.

Article 5

12. L'article 22quater, § 6, en projet, de la loi du 29 avril 1999 se réfère, en ce qui concerne l'utilisation des recettes du prélèvement en projet, à l'article 10 du règlement (UE) 2022/1854, mais cette disposition réglementaire laisse précisément un certain nombre de possibilités aux États membres, la réglementation en projet n'optant pour aucune d'elles. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De modaliteiten voor de herverdeling van de geïnde bedragen worden en zullen worden vastgesteld in de maatregelen die door de regering worden aangenomen en waarop de Europese Commissie controle zal uitoefenen. In ieder geval herhaalt de ontwerptekst de

⁸ C.C., 7 juillet 2016, n° 107/2016, B.4.2.

verplichting voor de lidstaten om hun inkomsten te verdelen overeenkomstig artikel 10 van Verordening (EU) nr. 2022/1854 ».

Les modalités nécessaires des États membres concernant l'utilisation des recettes du prélèvement doivent être insérées soit dans la réglementation actuellement en projet, soit dans d'autres dispositifs à adopter à court terme. Quoi qu'il en soit, dans sa forme actuelle, l'article 22^{quater}, § 6, en projet, n'ajoute rien à la disposition réglementaire précitée et doit dès lors être omis de l'avant-projet.

13. Ainsi qu'il a déjà été exposé à l'observation 7.4, l'article 22^{quater}, § 8, en projet, de la loi du 29 avril 1999 dispose que le prélèvement en projet ne constitue pas une redevance annuelle. L'exposé des motifs mentionne que le prélèvement en projet « constitue [...] 'un impôt d'application générale' et non une charge spécifiquement liée à la propriété ou à l'exploitation des centrales nucléaires ».

Or, pareille qualification du prélèvement en projet comme un « impôt d'application générale » au sens des articles 4/1, § 4, et 4/2, § 2, de la loi du 31 janvier 2003 'sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité', est contestable, dès lors que le prélèvement en projet ne s'applique qu'au secteur de l'énergie et ne concerne que les surprofits. Pour cette raison, le prélèvement en projet semble en tout état de cause devoir être distingué de l'impôt des sociétés, qui concerne le montant total des bénéfices⁹⁻¹⁰.

La circonstance que la redevance annuelle visée aux articles 4/1 et 4/2 précités, conformément aux dispositions légales précitées, « exclut toutes autres charges en faveur de l'État (à l'exception des impôts d'application générale) qui seraient liées à la propriété ou à l'exploitation (des centrales nucléaires concernées), aux revenus, production ou capacité de production de (ces centrales) ou à l'utilisation par (celles-ci) de combustible nucléaire », n'enlève rien au fait que le législateur peut envisager de nouvelles options politiques concernant l'imposition de nouveaux prélèvements¹¹. Dans ce cas, il serait préférable de modifier les dispositions concernées en ce sens, du moins dans la mesure où l'application combinée du prélèvement en projet et de la redevance annuelle peut être justifiée (voir à ce sujet l'observation 7.4).

En conclusion, mieux vaudrait omettre la disposition en projet.

⁹ Voir l'article 185, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code des impôts sur les revenus 1992.

¹⁰ Voir également l'avis C.E. 71.400/3, précité, *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2558/003, p. 7 (observation 6.4).

¹¹ Même si une telle initiative législative nouvelle peut entraîner une action en responsabilité contre l'État belge en raison de la convention que l'État belge a conclue le 30 novembre 2015 avec Engie et Electrabel. Voir à ce sujet l'avis C.E. 71.400/3 précité, *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2558/003, pp. 6-7 (observation 6.3).

Articles 7 à 11

14. Un article 6 fait défaut dans l'avant-projet. Par conséquent, les articles 7 et suivants actuels de l'avant-projet doivent être renumérotés (sous réserve de l'observation 16).

Article 10

15. Lors de l'élaboration des dispositions modificatives, à l'article 10, actuel, de l'avant-projet, il n'a pas été tenu compte de la récente modification de l'article 31 de la loi du 29 avril 1999 par l'article 29 de la loi du 23 octobre 1999 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et portant transposition de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE', qui a inséré la mention « et 49° » dans chacune des énumérations de dispositions concernées. La formulation des dispositions modificatives actuellement en projet doit être adaptée en conséquence.

Observation finale

16. Il ne ressort pas du texte de l'avant-projet soumis pour avis qu'il vise à exécuter partiellement le règlement (UE) 2022/1854. Il faudrait le préciser dans un nouvel article 2 à insérer.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE