

| |
|-----------------------------------------|
| Rolnummer 4227 |
| Arrest nr. 72/2008 van 24 april 2008 |

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 10 van de wet van 8 december 2006 tot vaststelling van een heffing ter bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent, ingesteld door de nv « Electrabel ».

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Melchior en M. Bossuyt, en de rechters P. Martens, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels en T. Merckx-Van Goey, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Melchior,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 12 juni 2007 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 14 juni 2007, is beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 10 van de wet van 8 december 2006 tot vaststelling van een heffing ter bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 13 december 2006) door de nv « Electrabel », met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Regentlaan 8.

De Ministerraad heeft een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Ministerraad heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 20 februari 2008 :

- zijn verschenen :

. Mr. D. Garabedian en Mr. J.-M. Degée, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;

. Mr. B. Meeus *loco* Mr. J.-F. De Bock, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers R. Henneuse en E. Derycke verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van het belang

A.1. De verzoekende partij is een naamloze vennootschap met als maatschappelijke doel het produceren, transporteren, omvormen en distribueren van energie in al haar vormen en van energiebronnen, zoals elektriciteit en gas.

Zij verantwoordt haar belang om in rechte te treden met haar hoedanigheid van « producent » in de zin van de bestreden wet, ten laste van wie de administratie op grond van de bestreden wet, na de door de wet opgelegde aangiften, een heffing van ongeveer 60 miljoen euro heeft gevestigd.

Ten gronde

A.2. De verzoekende partij brengt in herinnering dat, volgens de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet, de doelstelling van de maatregel erin bestaat de « historische » Belgische elektriciteitsproducent, onder dwang van een zeer zware jaarlijkse heffing, ertoe aan te zetten « niet-benutte of onderbenutte » productiesites af te staan aan zijn concurrenten, teneinde een verdere openstelling van de elektriciteitsmarkt te bevorderen, rekening houdend met het feit dat de onteigening ten algemenen nutte niet mogelijk was.

A.3. De Ministerraad brengt in herinnering dat de bestreden wet ertoe strekt de concurrentie op de elektriciteitsmarkt te verbeteren, ten gevolge, inzonderheid, van de aanbevelingen van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas teneinde de concurrentie te verbeteren, en van het verslag van de Europese Commissie waarin prijsdistorsies op de elektriciteitsmarkt werden vastgesteld.

A.4. De verzoekende partij antwoordt dat niet kan worden aangevoerd, zoals de Ministerraad doet, dat de bestreden wet tot doel zou hebben de vrijwillige niet-benutting van productiesites bedoeld om de prijzen kunstmatig hoog te houden tegen te gaan, vermits, enerzijds, in de wet niet alleen de bestaande productiesites worden beoogd maar eveneens de sites waarop er geen enkele productie-installatie staat en, anderzijds, de heffing geenszins rekening houdt met het al dan niet bestaan van koopaanbiedingen van de concurrenten.

A.5. De Ministerraad repliceert dat het noodzakelijk is de Belgische elektriciteitsmarkt open te stellen en dat de terbeschikkingstelling aan nieuwe operatoren van niet alleen niet-benutte productiesites maar ook van onderbenutte sites het mogelijk maakt de doelstelling van de bestreden wet te verwezenlijken. De heffing houdt overigens verband met het bestaan van koopaanbiedingen van concurrenten, vermits de heffing niet verschuldigd is in geval van overdracht van een zakelijk recht op de site, met de verplichting voor de overnemer om een productie-eenheid te vestigen.

Eerste middel

A.6. Het eerste middel, dat is gericht tegen de artikelen 2 tot 5 van de bestreden wet, is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11, 170 en 172 van de Grondwet en, al dan niet in samenhang met die bepalingen, van de algemene rechtsbeginselen van de legaliteit van de belasting en van de rechtszekerheid.

Volgens de verzoekende partij wordt, terwijl de in de wet vastgestelde heffing een belasting is, in de bestreden wet noch het belastbare feit (de uitoefening, door een elektriciteitsproducent, van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte productiesite, waarbij de niet-benutting of onderbenutting wordt gedefinieerd in verhouding tot de mogelijkheid om een productie-installatie te bouwen) noch de belastbare basis (de potentiële productiecapaciteit) duidelijk gedefinieerd. De afdeling wetgeving van de Raad van State had overigens onderstreept dat de tekst niet voldoende duidelijk preciseerde in welke gevallen de heffing verschuldigd was.

De mogelijkheid om een productie-installatie te bouwen of de productiecapaciteit kunnen immers, zoals de verzoekster in haar aangiften in de heffing heeft gedaan, concreet worden geïnterpreteerd naar gelang van de technische, juridische en economische aspecten van de bouw van een productie-installatie. De administratie lijkt echter een interpretatie *in abstracto* van de productiecapaciteit aan te nemen, zonder rekening te houden met de concrete beperkingen die de in theorie nochtans mogelijke bouw onrealiseerbaar kunnen maken.

Vermits noch de grondslag noch de belastbare basis van de heffing worden gedefinieerd, zijn de bestreden bepalingen verstoken van normatieve inhoud en schenden ze dus het legaliteitsbeginsel en het beginsel van rechtszekerheid, en zulks des te meer daar de wet sommige overtredingen van de opgelegde verplichtingen met correctionele straffen bestraft. In ondergeschikte orde leidt de onduidelijkheid van de bepalingen ertoe dat aan de administratie een algemene delegatie wordt verleend om de grondslag en de belastbare basis van de heffing vast te stellen, wat strijdig is met de artikelen 170 en 172 van de Grondwet.

A.7.1. Volgens de Ministerraad kan niet worden betoogd dat het belastbare feit vatbaar zou zijn voor twee interpretaties, waaronder één die geenszins rekening zou houden met de technische, economische en juridische beperkingen. Indien een producent een vergunning aanvraagt voor de productie van elektriciteit, is het immers zo dat hij een productie-installatie wenst te vestigen en meent dat zulks haalbaar is. Bovendien moet er voor de niet-benutte of onderbenutte sites een verbinding met het vervoersnet bestaan of hebben bestaan.

Het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, waarnaar de verzoekende partij verwijst, sprak zich enkel uit over het specifieke geval van de onderbenutting, en dat advies werd overigens gevolgd, vermits het wetsontwerp werd aangepast. Andere wetgevingen leggen trouwens taksen op op bepaalde gebouwen, wanneer zij leegstaan of niet worden benut.

De wet bepaalt duidelijk en precies de objectieve voorwaarden opdat de heffing verschuldigd is, en aan de hand van de vermeldingen die de aangifte van de producent of de derde moet bevatten, kan de ambtenaar vaststellen of die voorwaarden al dan niet zijn vervuld. Zelfs in de veronderstelling dat de wet een delegatie aan de uitvoerende macht bevat, *quod non*, zou die delegatie op voldoende duidelijke manier geformuleerd zijn en enkel betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan de essentiële bestanddelen voorafgaandelijk werden vastgesteld in de wet.

Ten slotte kent elke producent – en *a fortiori* de verzoekende partij in haar hoedanigheid van historische operator op de markt – de capaciteit van zijn productiesite, zodat hij kan bepalen of hij de heffing al dan niet verschuldigd is, en in geval van twijfel kan hij zijn redenen doen gelden in zijn aangifte.

A.7.2. Wat betreft de belastbare basis stelt de Ministerraad vast dat de producent de capaciteit van de site moet beoordelen rekening houdend met de oppervlakte ervan en de aan te wenden technologie, los van het bestaan van een verbinding met het vervoersnet. Zelfs indien bijzondere gevallen individueel kunnen worden beoordeeld, wordt de belastbare basis niettemin bepaald door objectieve elementen, met inachtneming van de artikelen 170 en 172 van de Grondwet.

Ten slotte kan de potentiële productiecapaciteit niet theoretisch onbeperkt zijn, vermits er tot op heden geen enkele technologie bestaat die een dergelijke capaciteit mogelijk maakt.

A.8. De verzoekende partij antwoordt dat de argumentatie van de Ministerraad voornamelijk de niet-benutte sites betreft en niet de onderbenutte sites, waarvoor onmogelijk *in concreto* kan worden vastgesteld of een bijkomende installatie kan worden opgetrokken op de beschouwde site.

Aldus is het feit dat « een » vergunning voor de productie van elektriciteit werd verkregen niet relevant en indien het, zoals de Ministerraad beweert, erom gaat een vergunning te hebben verkregen voor de bijkomende installatie die kan worden opgetrokken, dient evenwel te worden vastgesteld dat dit element een toevoeging aan de wet vormt, en aan de hand daarvan geenszins kan worden geoordeeld dat de concrete mogelijkheid van de bouw van een bijkomende installatie een vaststaand feit is.

Op dezelfde wijze maakt het bestaan van een aansluiting op het vervoersnet het niet mogelijk te bepalen of de site al dan niet onderbenut is. Het bestaan van die infrastructuur betekent immers geenszins dat ze toereikend zou zijn voor een nieuwe installatie en indien ze zou moeten worden uitgebreid, moet eraan worden herinnerd dat die beslissing niet dient te worden genomen door de elektriciteitsproducenten, vermits zij geen eigenaar zijn van het vervoersnet.

Ten slotte hangt de productiecapaciteit af van talrijke andere factoren dan louter de oppervlakte van de site, die uiteindelijk het enige « objectieve » criterium vormt om de belastbare basis vast te stellen, dat echter niet relevant is, in het bijzonder rekening houdend met het bedrag van de heffing en de aan de niet-naleving van de wet verbonden sancties.

De door de Ministerraad aangevoerde elementen kunnen hooguit een vermoeden *iuris tantum* invoeren van de effectieve mogelijkheid om productie-installaties te exploiteren op de onderbenutte sites, maar de bewoordingen van de wet maken het niettemin niet mogelijk te bepalen of en hoe die elementen in aanmerking moeten worden genomen.

Ten slotte kan er geen parallel worden getrokken met de gewestelijke wetgevingen waarbij een taks op de leegstaand van bepaalde gebouwen wordt ingevoerd teneinde op het grondgebied van een grote agglomeratie de bestemming voor een economische activiteit in ruime zin aan te moedigen: die wetgevingen streven een doelstelling na die niet vergelijkbaar is en voeren slechts een taks van een bescheiden bedrag in met een vrijstelling in geval van overmacht los van de wil van de eigenaar.

A.9. De Ministerraad repliceert dat de beide interpretaties – *in abstracto* en *in concreto* – van de verzoekster fout zijn. De heffing wordt immers enkel toegepast op de niet-benutte of onderbenutte sites waarvoor een vergunning voor elektriciteitsproductie is of was afgegeven, rekening houdend bijgevolg met

eventuele beperkingen die zich voordeden. Bij de huidige toekenningsvoorwaarden voor de vestigingstoelatingen wordt immers inzonderheid rekening gehouden met de lokalisatie van de installatie alsmede met de technische en financiële capaciteit van de aanvrager.

De onderbenutte sites worden overigens gedeeltelijk benut, wat noodzakelijkerwijze een bestaande infrastructuur veronderstelt, inzonderheid een aansluiting op het vervoersnet, die geen heffingsvoorwaarde vormt maar die redelijkerwijze kan moeten worden aangepast in geval van een nieuwe of bijkomende productie-installatie, waarbij die bestaande infrastructuur zeker de belangstelling van concurrenten kan wekken.

Ten slotte is de belastbare basis de productiecapaciteit, die, aangezien ze afhankelijk is van de oppervlakte van de site alsmede van de bestaande technologie, dus op voldoende precieze wijze is vastgesteld.

Tweede middel

A.10. In ondergeschikte orde is het tweede middel, dat is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, tegen dezelfde wetsbepalingen gericht, in die zin geïnterpreteerd dat de bouwcapaciteit van een productie-installatie *in abstracto* wordt beoogd, namelijk los van de technische, juridische en economische beperkingen waarmee elke redelijke producent die zich in dezelfde situatie bevindt rekening zou houden.

In het eerste onderdeel van het middel is de verzoekende partij van mening dat die interpretatie onevenredige gevolgen heeft door, enerzijds, de producenten die houder zijn van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte site waarop de bouw van een productie-installatie concreet mogelijk is en, anderzijds, de producenten van een zakelijk recht op een productiesite waarop de bouw van een productie-installatie theoretisch wel mogelijk, maar concreet onrealiseerbaar is, op identieke wijze te behandelen zodat die site niet de belangstelling van andere producenten kan wekken, terwijl de doelstelling van de wet erin bestaat de overdracht van niet-benutte of onderbenutte sites aan te moedigen.

In het tweede onderdeel van het middel is de verzoekende partij van mening dat het bestreden artikel 3, door het bedrag van de heffing vast te stellen in verhouding tot de capaciteit van de productie-installatie die zou kunnen worden opgetrokken op de niet-benutte of onderbenutte site, personen die zich in essentieel verschillende situaties bevinden op identieke wijze behandelt, namelijk de producenten die houder zijn van een zakelijk recht op een productiesite waarop men daadwerkelijk een productie-installatie met een zekere capaciteit kan bouwen, en diegenen die houder zijn van een zakelijk recht op een productiesite waarop die - *in abstracto* mogelijke - constructie niet daadwerkelijk kan worden verwezenlijkt.

A.11. Wat betreft het eerste onderdeel van het middel stelt de Ministerraad vast dat wanneer een productievergunning werd aangevraagd en uitgereikt, zulks inhoudt dat de beschouwde site plaats kan bieden aan een productie-installatie en een derde in staat is daarop een installatie te bouwen en dus geïnteresseerd kan zijn.

Wat betreft het tweede onderdeel van het middel, stelt de Ministerraad vast dat de mogelijke productiecapaciteit van een installatie een objectief gegeven is dat wordt beoordeeld in het licht van objectieve en controleerbare elementen, namelijk de oppervlakte van de site en de aan te wenden technologie teneinde te voldoen aan de potentiële productiecapaciteit. Men kan dus niet beweren, zoals de verzoekende partij doet, dat de bestreden bepalingen op twee wijzen zouden kunnen worden geïnterpreteerd en dat zij gevolgen zouden hebben die onevenredig zijn met hun doelstelling.

A.12. De verzoekende partij antwoordt dat de Ministerraad de in het middel geformuleerde grief ontwijkt. Ofschoon hij impliciet schijnt toe te geven dat de wet niet zou kunnen worden toegepast op de productiesites waarop de bouw van een productie-installatie niet concreet realiseerbaar is, verantwoordt hij echter geenszins die interpretatie.

A.13. In zijn memorie van wederantwoord heeft de Ministerraad dezelfde argumenten uiteengezet voor het eerste en het tweede middel.

Derde middel

A.14. Het derde middel, gericht tegen de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 10 van de bestreden wet, is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 16 van de Grondwet, dat laatste afzonderlijk gelezen of in samenhang met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag van de rechten van de mens.

Ofschoon artikel 16 van de Grondwet van toepassing is op de onteigening ten algemenen nutte, is het eveneens toepasbaar op de « feitelijke onteigening » of de « *quasi*-ont eigening » die, volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, dezelfde gevolgen heeft en dezelfde doelstellingen nastreeft als een onteigeningsprocedure. Volgens de verzoekende partij leidt de in het geding zijnde heffing ertoe dat een *quasi* gedwongen verkoop wordt ingevoerd en stemt ze overeen met een feitelijke onteigening, vermits de afstand van de productiesite door de wetgever zelf wordt voorgesteld als de enige oplossing om de verschuldigheid van een zeer zware belasting te vermijden.

Ofschoon de wetgever in de uitoefening van zijn bevoegdheden inzake liberalisering van de elektriciteitssector beperkingen van het eigendomsrecht kan beogen, mag hij echter niet de grondwettelijke vereiste van een billijke en voorafgaande schadeloosstelling schenden. Er bestaat evenwel geen enkel compensatiemechanisme, zij het subsidiair, om de producenten het verschil tussen de verkoopprijs en de marktprijs te vergoeden, terwijl de verkoopprijs waarschijnlijk minder zal bedragen dan de venale waarde van de site, vermits de wet abnormale voorwaarden van gedwongen verkoop in het leven heeft geroepen en zich in het spel van de vastgoedmarkt van de productiesites heeft gemengd.

Doordat de bestreden bepalingen de producenten een billijke en voorafgaande schadeloosstelling ontzeggen, alsmede de verschillende procedurele waarborgen waarin de wetgevingen betreffende de onteigeningsprocedure ten algemenen nutte voorzien, roepen ze aldus een onverantwoord en niet te verantwoorden verschil in behandeling in het leven.

A.15. De Ministerraad brengt in herinnering dat, volgens de rechtspraak van het Hof, het enkele feit dat in het algemeen belang het eigendomsrecht wordt onderworpen aan beperkingen niet tot gevolg heeft dat de overheid gehouden is tot schadevergoeding.

Te dezen houdt de bestreden wet rekening met het specifieke karakter van de elektriciteitsmarkt en bepaalt ze dat de totale heffing niet meer mag bedragen dan 3 pct. van de omzet van de schuldenaar van de heffing op de Belgische markt van de elektriciteitsproductie. Ofschoon het de bedoeling is om de producent ertoe aan te zetten de niet-benutte of onderbenutte sites af te staan, mag bovendien geen enkele openbare verkoop worden opgelegd en blijft de schuldenaar vrij om met één of andere derde te onderhandelen over de overdracht van een zakelijk recht dat niet noodzakelijkerwijze het eigendomsrecht is. De bestreden maatregelen vormen dus een beperking van het eigendomsrecht maar geen beroving van dat recht, en moeten dus niet het voorwerp uitmaken van een schadeloosstelling.

Er kan overigens niet worden verondersteld, zoals de verzoekster doet, dat de afstand van een zakelijk recht op die niet-benutte of onderbenutte sites noodzakelijkerwijze in nadelige omstandigheden zou gebeuren, vermits er een gebrek is aan beschikbare sites en die sites dus een reëel belang vertonen voor de andere operatoren. Bovendien roept die overdracht zelfs in nadelige omstandigheden geen te vergoeden nadeel in het leven, vermits de producent zich door de niet-benutting of onderbenutting van de productiesites vrijwillig de inkomsten afkomstig uit de exploitatie van die sites ontzegt.

Het feit dat die niet-benutte of onderbenutte sites worden bewaard, toont overigens precies aan dat die sites een belang vertonen voor de elektriciteitsproductie; en indien het voor de verzoekster erom ging het gebrek aan of het verlies van inkomsten van de niet-benutte of onderbenutte sites te compenseren door de inkomsten van de productie op de geëxploiteerde sites, zou die vrijwillige productiecapaciteitvermindering misbruik van machtspositie kunnen vormen.

A.16. De verzoekende partij antwoordt dat, teneinde vast te stellen of er beroving van eigendom is in de zin van artikel 16 van de Grondwet, er grondig moet worden onderzocht of de in het leven geroepen situatie niet neerkomt op een feitelijke onteigening.

Ook al wordt de heffing beperkt, het bedrag ervan kan evenwel hoog zijn en van jaar tot jaar worden geïnd, zonder beperking in de tijd, wat de producent vroeg of laat ertoe zal aanzetten de site te verkopen of een ander

zakelijk recht daarop af te staan. In de parlementaire voorbereiding wordt overigens de nadruk gelegd op het ontradende karakter van de maatregel, die dus vergelijkbaar is met een gedwongen verkoop.

Ten slotte kan men, los van het potentiële belang van de concurrenten of de marktvoorwaarden enkel vaststellen dat er geen enkel mechanisme bestaat waarbij het beginsel wordt gegarandeerd van de billijke en voorafgaande schadeloosstelling, waarbij in geval van een verschil tussen de verkregen prijs en de waarde van het goed onder normale marktvoorwaarden een vergoeding kan worden gevorderd.

A.17. De Ministerraad repliceert dat de heffing ertoe strekt de producenten aan te zetten tot het afstaan aan derden van zakelijke rechten op de productiesites, vermits dat de doelstelling zelf van de heffing is. Zoals het Hof heeft geoordeeld in het arrest nr. 69/2005, brengt de maatregel geen beroving van eigendom teweeg en is hij niet onevenredig, inzonderheid om reden van het plafond van de heffing.

Bovendien zal de overnemer de producent vergoeden, en zelfs in de veronderstelling dat de overdracht van zakelijke rechten tegen minder gunstige voorwaarden gebeurt dan de normale marktvoorwaarden, kan men niet stellen dat dat verschil moet worden vergoed, want zulks zou erop neerkomen dat wordt geoordeeld dat de verzoekster, om reden van de openstelling van de markt voor de concurrentie, geen enkele financiële last op haar patrimonium moet dragen.

Ten slotte voorzien de bepalingen van de bestreden wet in specifieke beroepsmogelijkheden ten voordele van de elektriciteitsproducent.

Vierde middel

A.18. Het vierde middel, gericht tegen de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 10 van de bestreden wet, is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Doordat de bestreden bepalingen de producent die houder is van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte productiesite, die beslist de site niet af te staan alhoewel hij zulks zou kunnen doen, en een producent die houder is van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte productiesite die, om redenen onafhankelijk van zijn wil, de site niet heeft kunnen afstaan tegen voorwaarden waaronder hij de verschuldigdheid van de heffing had kunnen vermijden, aan dezelfde heffing onderwerpen, behandelen zij personen die zich in fundamenteel verschillende situaties bevinden op dezelfde wijze. Die bepalingen roepen onevenredige gevolgen in het leven ten aanzien van diegene die niet ervoor heeft geopteerd de productiesite niet af te staan, en zijn bijgevolg discriminerend.

A.19. Volgens de Ministerraad werden de bestreden bepalingen aangenomen teneinde rekening te houden met het zeer geconcentreerde karakter van de Belgische elektriciteitsmarkt en, gelet op die vaststelling, kan men niet oordelen dat de desbetreffende sites geen koper zouden vinden.

Er bestaat bovendien flexibiliteit bij de overdracht, vermits de schuldenaar van de heffing niet ertoe gehouden is de eigendom ervan af te staan, maar daarvan een ander zakelijk recht kan overdragen aan een derde, en zelfs in de veronderstelling dat die mogelijkheid niet bestaat, zou de heffing hoe dan ook niet meer dan 3 pct. mogen bedragen van de omzet van de producent op de Belgische markt, wat niet onevenredig is.

A.20. De verzoekende partij antwoordt dat de bewering van de Ministerraad volgens welke de aan de heffing onderworpen sites noodzakelijker wijze een koper zullen vinden, niet met feiten wordt gestaafd. Aldus heeft geen enkele producent een bod gedaan bij de verzoekster voor de aan de heffing onderworpen sites; de verzoekster heeft overigens in 2006 drie productiesites te koop gesteld, waarbij voor slechts één van die sites een koper is gevonden. Het is dus onredelijk een heffing van een dergelijk bedrag, dat door de wetgever als zijnde ontradend werd bedoeld, te handhaven op sites die, om redenen onafhankelijk van de wil van de producent, geen koper vinden.

A.21. De Ministerraad repliceert dat in de parlementaire voorbereiding werd gesteld dat een aantal producenten belangstelling hadden voor de openstelling van de Belgische markt en dat de verzoekster niet aantoonde dat zij potentieel geïnteresseerde producenten heeft gecontacteerd. Uit het feit dat de verzoekster sinds de inwerkingtreding van de wet geen aanbiedingen zou hebben gekregen, mag dus niet worden geconcludeerd dat de sites waarop de heffing betrekking heeft geen enkel nut vertonen voor andere elektriciteitsproducenten.

Ten slotte bedraagt, zoals de verzoekster aangeeft, de heffing meer dan 50 miljoen euro voor zowel het jaar 2006 als het jaar 2007, terwijl haar omzet op de Belgische markt voor die jaren meer dan 1,7 miljard euro bedroeg.

- B -

Ten aanzien van de context van de bestreden bepalingen

B.1.1. Het beroep tot vernietiging is gericht tegen de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 10 van de wet van 8 december 2006 tot vaststelling van een heffing ter bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent (hierna : wet van 8 december 2006).

B.1.2. De wet van 8 december 2006 heeft tot doel de benutting van de productiecapaciteit van de Belgische sites voor elektriciteitsproductie te verbeteren door de openstelling van de markt voor nieuwe operatoren te bevorderen.

In de parlementaire voorbereiding wordt uiteengezet :

« Met dit voorontwerp wordt de invoering van een heffing op niet-benutte sites voor de productie van elektriciteit, zoals beslist in de Ministerraad van 26 oktober 2005, beoogd.

Deze beslissing geeft een antwoord om de concurrentie inzake de productie van elektriciteit, te verbeteren. Het is geen onbekende dat in België er slechts één dominante speler is binnen het productiesegment. De vraag vanwege nieuwe producenten om toegang te kunnen verkrijgen tot het Belgische productiepark staat buiten verhouding tot het aanbod daarvan. De wet van 20 juli 2005, houdende diverse bepalingen, voert reeds de mogelijkheid in om nieuwe producenten te ondersteunen.

Om alle misbruik van een dominante positie ten nadele van de consument te vermijden wordt met dit wetsontwerp het ter beschikking stellen van niet-benutte of onderbenutte sites voor de productie van elektriciteit geactiveerd en versneld. Het betreft met name, niet-benutte of onderbenutte potentiële productiecapaciteit die ter beschikking wordt gesteld aan nieuwe of andere producenten. De verkoop van deze sites aan andere marktspelers levert alleen maar voordelen op : er komt meer productiecapaciteit bij in België, oude milieuvriendelijke productie-eenheden worden omgevormd tot milieuvriendelijke productie-eenheden.

Elke nieuwe productie-eenheid zorgt ook voor extra werkgelegenheid, meer economische activiteit en vooral, zorgt voor meer concurrentie op het vlak van de productie, wat dus lagere prijzen voor de consument voor gevolg heeft » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 5).

In een studie van 27 september 2007 heeft de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) eveneens de ontoereikende productiecapaciteit van elektriciteit in België en de noodzaak van bijkomende investeringen in productiecapaciteit onderstreept (Studie (F) 070927-CDC-715 van 27 september 2007 van de CREG over « de ontoereikende productiecapaciteit van elektriciteit in België »).

B.1.3. Krachtens artikel 18 is de wet van 8 december 2006 in werking getreden op de dag van de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*, zijnde op 13 december 2006.

Een andere wet van 8 december 2006, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 13 december 2006, vult het door de bestreden wet vastgestelde kader aan door te voorzien in een beroep bij het Hof van Beroep te Brussel, zitting houdend zoals in kort geding, tegen de administratieve boete opgelegd in het raam van de toepassing van de wet van 8 december 2006 tot vaststelling van een heffing ter bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent.

Ten aanzien van het eerste en het tweede middel

B.2.1. Het eerste middel, dat is gericht tegen de artikelen 2 tot 5 van de wet van 8 december 2006, is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11, 170 en 172 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met het wettigheidsbeginsel inzake belastingen en met het rechtszekerheidsbeginsel, doordat in de bestreden wet noch het belastbaar feit (de uitoefening, door een elektriciteitsproducent, van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte productiesite, waarbij de niet-benutting of de onderbenutting wordt gedefinieerd in verhouding tot de mogelijkheid om een productie-installatie te bouwen), noch de belastbare basis (de potentiële productiecapaciteit), duidelijk wordt gedefinieerd.

Volgens de verzoekende partij zou de ontstentenis van een wettelijke definitie van die essentiële elementen van de belasting het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel schenden, des te meer daar de wet sommige overtredingen van de opgelegde verplichtingen met correctionele straffen bestraft. In ondergeschikte orde voert de verzoekende partij aan dat de onduidelijkheid van de bepalingen ertoe leidt dat aan de administratie een algemene

delegatie wordt verleend om de belastinggrondslag en de belastbare basis van de heffing vast te stellen, wat strijdig is met de artikelen 170 en 172 van de Grondwet.

B.2.2. In ondergeschikte orde is het tweede middel, dat is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, tegen dezelfde wettelijke bepalingen gericht, in die zin geïnterpreteerd dat de bouwcapaciteit van een productie-installatie *in abstracto* wordt beoogd, zonder rekening te houden met de concrete beperkingen die een nochtans theoretisch mogelijke bouw onrealiseerbaar kunnen maken.

B.2.3. Aangezien zij in essentie de ontstentenis van vaststelling van de wezenlijke bestanddelen van de ingevoerde heffing door middel van een wet bekritisieren, dienen de beide middelen samen te worden onderzocht.

B.3.1.1. Artikel 2 van de wet van 8 december 2006 definieert verschillende begrippen die in de bestreden wet worden gehanteerd, inzonderheid de « site voor de productie van elektriciteit », de « niet-benutte site voor de productie van elektriciteit », de « onderbenutte site voor de productie van elektriciteit » en de « schuldenaar van de heffing ».

Krachtens artikel 2, § 1, 1^o, is de « site voor de productie van elektriciteit » : « het kadastraal perceel of het geheel van kadastrale percelen waarop een installatie voor elektriciteitsproductie met een productiecapaciteit van minstens 400 MW voor een gascentrale of met een productiecapaciteit van minstens 250 MW voor een koleninstallatie of een productie-installatie werkend op basis van hernieuwbare energiebronnen of warmtekrachtkoppeling met een productiecapaciteit van minstens 250 MW kan worden gebouwd ».

B.3.1.2. Krachtens artikel 2, § 1, 2^o, is de « niet-benutte site voor de productie van elektriciteit » : « elke site voor de productie van elektriciteit waarvoor een vergunning voor elektriciteitsproductie is of was afgeleverd en waarbij er een aansluiting is of was op het transmissienet en waarop gedurende vierentwintig maanden voorafgaand aan 1 november 2005 onafgebroken geen elektriciteit werd geproduceerd die geïnjecteerd werd op het transmissienet ».

In de parlementaire voorbereiding wordt in dit verband uiteengezet :

« De referentieperiode van 24 maanden voorafgaand de datum van 1 november 2005 gedurende welke geen elektriciteit werd geproduceerd en geïnjecteerd op het transmissienet, is noodzakelijk om te vermijden dat elektriciteitscentrales die op 1 november 2005 geen elektriciteit hebben geproduceerd en geïnjecteerd op het transmissienet onder toepassing zouden vallen van de wet. Deze referentieperiode is ook noodzakelijk teneinde te vermijden dat elektriciteitsproducenten hun sites via opsplitsing of fusie overdragen aan hun geassocieerde, verbonden of dochterondernemingen om alzo geen productiesites ter beschikking te moeten stellen aan de markt en geen heffing te moeten betalen » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 6).

B.3.1.3. Krachtens artikel 2, § 1, 3°, is de « onderbenutte site voor de productie van elektriciteit » : « elke site voor de productie van elektriciteit waarvoor een vergunning voor elektriciteitsproductie is afgeleverd en waarop bijkomend een installatie voor elektriciteitsproductie met een productiecapaciteit van minstens 400 MW voor een gascentrale of met een productiecapaciteit van minstens 250 MW voor een koleninstallatie of een productie-installatie werkend op basis van hernieuwbare energiebronnen of warmtekrachtkoppeling met een productiecapaciteit van minstens 250 MW kan worden gebouwd ».

De onderbenutte site voor de productie van elektriciteit verwijst dus naar de mogelijkheid om een installatie voor elektriciteitsproductie te bouwen met een minimale productiecapaciteit waarbij verwezen wordt naar dezelfde waarden als voor de « site voor de productie van elektriciteit ».

In de parlementaire voorbereiding wordt dienaangaande uiteengezet :

« De onderbenutte site voor productie van elektriciteit [...] is een site waarvan de oppervlakte bijkomend toelaat om een bijkomende gascentrale (400 MW), of steenkoolcentrale (250 MW), of een centrale werkend op basis van hernieuwbare energie of warmtekrachtkoppeling (250 MW) [te bouwen] » (*ibid.*).

B.3.1.4. Krachtens artikel 2, § 1, 4°, is de « schuldenaar van de heffing » : « iedere producent, al dan niet onder de vorm van een geassocieerde of verbonden onderneming of dochteronderneming, met uitsluiting van een zelfopwekker, een transmissienetbeheerder en een distributienetbeheerder, die op 1 november 2005 een zakelijk recht uitoefende op een

niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit en iedere derde, zoals bedoeld in artikel 10, § 1, die na 1 november 2005 een zakelijk recht verwerft op een niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit. Behoort het zakelijk recht in onverdeeldheid toe aan meer dan één producent dan geldt de onverdeeldheid als schuldenaar van de heffing. De leden van de onverdeeldheid zijn hoofdelijk gehouden tot betaling van de verschuldigde heffing ».

Krachtens artikel 2, § 1, 5°, is de « derde » : « iedere natuurlijke of rechtspersoon die geen geassocieerde of verbonden of dochteronderneming is van de schuldenaar van de heffing ».

B.3.2.1. In het bestreden artikel 3, eerste lid, worden de belastinggrondslag en het bedrag van de jaarlijkse heffing die op de niet-benutte of onderbenutte sites voor de productie van elektriciteit wordt geheven, vastgesteld op basis van de potentiële productiecapaciteit van de site voor de productie van elektriciteit, waarbij de potentiële productiecapaciteit « de capaciteit [is van de installatie] die op de oppervlakte van een niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit kan gebouwd worden voor zover die minstens 400 MW bedraagt voor een gascentrale of minstens 250 MW voor een koleninstallatie of een installatie werkend op basis van hernieuwbare energiebronnen of warmtekrachtkoppeling ».

In artikel 3, tweede lid, wordt voor de heffing een beperking vastgesteld, in zoverre de totale heffing « niet hoger [mag] zijn dan 3 procent van het gedeelte van het omzetcijfer dat betrekking heeft op de elektriciteitsproductie dat de schuldenaar van de heffing heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt tijdens het laatst afgesloten boekjaar ».

Ten slotte bepaalt artikel 3, derde lid, dat het bedrag van de heffing « wordt vastgesteld in termen van euro per potentiële productiecapaciteit uitgedrukt in MW, zijnde 11 000 €/ MW ».

B.3.2.2. In de parlementaire voorbereiding wordt het stelsel van de heffing als volgt toegelicht :

« Met dit artikel wordt voor het jaar 2006 [een] heffing in leven geroepen en wordt de berekeningsformule van de heffing per niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van

elektriciteit bepaald. De heffing wordt berekend op basis van de potentiële productiecapaciteit van een niet-benutte of een onderbenutte site voor de productie van elektriciteit. In dit artikel wordt ook bepaald wat kan verstaan worden onder potentiële productiecapaciteit rekening houdende met een mogelijke productiecapaciteit die 400 MW bedraagt voor een gascentrale of 250 MW voor een koleninstallatie of voor een installatie werkend op basis van hernieuwbare energie of warmtekrachtkoppeling. Eveneens wordt in dit artikel een maximumgrens van de totale heffing ingevoerd evenals het bedrag per potentiële productiecapaciteit » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 7).

Er wordt eveneens gepreciseerd :

« Voor het jaar 2006 wordt de heffing per potentiële productiecapaciteit vastgesteld op 11.000 EUR/MW.

Voor het jaar 2007 zal een recurrent systeem van de heffing overwogen worden, uitgaand van het bedrag van 11.000 EUR/MW, dat daalt naarmate meer potentiële productiecapaciteit ter beschikking wordt gesteld » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/003, p. 6).

B.3.3.1. De artikelen 4 en 5 voorzien in de procedure van vaststelling van een niet-benutte en een onderbenutte site voor de productie van elektriciteit. Zij bepalen :

« Art. 4. § 1. Uiterlijk vijftien kalenderdagen na de inwerkingtreding van deze wet zendt iedere schuldenaar van de heffing een aangifte voor elke niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit waarop hij een zakelijk recht uitoefent, bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs aan de Algemene Directie van Energie.

In deze aangifte wordt minstens melding gemaakt van volgende gegevens :

1° de kadastrale gegevens en oppervlakte van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit;

2° de potentiële productiecapaciteit mogelijk op de desbetreffende niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, met staving van het opgegeven cijfer;

3° de aanwezigheid op of in de nabijheid van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit van het transmissienet, gasleidingen, waterwegen, landwegen en spoorwegen;

4° de datum waarop van op de niet-benutte site voor de productie van elektriciteit voor het laatst elektriciteit geproduceerd en geïnjecteerd werd in het transmissienet;

5° het actueel gebruik van en/of de toegestane zakelijke rechten op de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit;

6° de verkoopwaarde per m² van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit overeenkomstig de aanvaardbare marktvoorwaarden;

7° de ingeroepen reden van vrijstelling of schorsing, overeenkomstig de artikelen 8 en 10.

Maken integraal deel uit van de aangifte en worden in bijlage toegevoegd :

1° de kadastrale leggers en de kadastrale plannen van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit;

2° het afschrift van de laatst verleende vergunning voor de productie van elektriciteit op de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit;

3° een summier beschrijving van de potentiële productiecapaciteit zijnde de te gebruiken technologie om aan die productiecapaciteit te voldoen;

4° een summier beschrijving van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit op het ogenblik van de aangifte;

5° het bewijs van een eventuele vrijstelling of schorsing, zoals voorzien in de artikelen 8 en 10;

6° het schattingsverslag betreffende de verkoopwaarde van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit.

§ 2. Onverminderd § 1, zendt iedere schuldenaar van de heffing elk kalenderjaar, uiterlijk op 1 juli en dit voor de eerste maal op 1 juli 2007, een nieuwe aangifte voor elke niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit waarop hij nog steeds een zakelijk recht uitoefent, per aangetekend schrijven met ontvangstbewijs, aan de Algemene Directie van Energie.

Art. 5. § 1. De ambtenaar bepaalt binnen de vijftien dagen na ontvangst van de aangifte, bedoeld in artikel 4 :

1° het aantal m² van de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit;

2° de potentiële productiecapaciteit;

3° het bedrag van de heffing overeenkomstig artikel 3, derde lid.

De ambtenaar doet ook uitspraak over de eventuele gevraagde vrijstelling of schorsing en hij legt de schorsingsperiode vast.

De resultaten van de voorgaande leden worden door de ambtenaar vastgelegd in een beslissing.

§ 2. De beslissing wordt binnen drie werkdagen bij een ten post aangetekende brief met ontvangstbewijs aan de schuldenaar van de heffing betekend, met vermelding van de mogelijkheden tot beroep ».

Artikel 4, § 1, legt dus de schuldenaar van de heffing de verplichting op om aan de Algemene Directie van Energie binnen vijftien kalenderdagen na de inwerkingtreding van de bestreden wet een aangifte met verscheidene minimale gegevens te zenden waaronder de potentiële productiecapaciteit op de desbetreffende niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, met staving van het opgegeven cijfer (artikel 4, § 1, 2°).

Artikel 4, § 2, voorziet voor de schuldenaar van de heffing in de verplichting om uiterlijk op 1 juli van elk jaar een nieuwe aangifte te zenden voor elke niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit waarop hij nog steeds een zakelijk recht uitoefent.

Artikel 5 stelt dat de ambtenaar de verschillende elementen bepaalt op grond waarvan de heffing zal worden vastgesteld.

B.3.3.2. Wat betreft artikel 4 wordt in de parlementaire voorbereiding uiteengezet :

« Dit artikel zegt dat de schuldenaar van de heffing uiterlijk binnen de dertig kalenderdagen een aangifte moet indienen bij de Algemene Directie Energie. Deze aangifte moet enerzijds opgave doen van een aantal gegevens en anderzijds gestaafd worden met een aantal documenten en stukken ter staving van zijn aangifte » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 7).

Wat betreft artikel 5 wordt in de parlementaire voorbereiding uiteengezet :

« Dit artikel bepaalt de termijn binnen welke de ambtenaar een beslissing neemt nopens de ingediende aangifte. In deze beslissing wordt door de ambtenaar bepaald : het aantal m² dat in aanmerking komt als niet benut of onderbenut, de potentiële productiecapaciteit, het bedrag van de heffing en zijn beslissing over de vraag tot vrijstelling of schorsing van de heffing » (*ibid.*).

B.4. De in het geding zijnde heffing, die oorspronkelijk werd opgevat als een eenmalige heffing, werd in de loop van de parlementaire voorbereiding omgevormd tot een jaarlijkse heffing. Zoals het opschrift van de wet van 8 december 2006 aangeeft, strekt die heffing tot de bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent. De artikelen 16 en 17 van de wet van 8 december 2006 koppelen aan de niet-inachtneming van de bestreden bepalingen strafrechtelijke en administratieve sancties.

Die heffing vormt geenszins de tegenprestatie voor een dienst die aan de individueel beschouwde heffingplichtige wordt verleend; het gaat bijgevolg om een belasting in de zin van artikel 170, § 1, van de Grondwet.

B.5. Het in artikel 170, § 1, van de Grondwet opgenomen fiscale wettigheidsbeginsel vereist dat niemand kan worden onderworpen aan een belasting indien daartoe niet is beslist door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering, die uitsluitend bevoegd is om de belasting in te stellen en om de bestanddelen ervan te bepalen.

Door de beslissing om een belasting in te voeren en om de essentiële elementen daarvan vast te stellen, aan de democratisch verkozen beraadslagende vergaderingen voor te behouden, vormt artikel 170 van de Grondwet een essentiële waarborg die in beginsel niet zonder verantwoording aan bepaalde burgers kan worden ontzegd.

B.6. Tot de essentiële elementen van een belasting behoren de identiteit van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de belastinggrondslag, het belastingtarief en de eventuele belastingvrijstellingen en –verminderingen.

B.7.1. Artikel 2 stelt de schuldenaar van de heffing vast naar gelang van de uitoefening, op 1 november 2005, van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, gedefinieerd in verhouding tot de productiecapaciteit van de productie-installatie die erop zou kunnen worden gebouwd.

Het bestreden artikel 3 stelt het bedrag van de heffing vast naar gelang van de potentiële productiecapaciteit.

Krachtens artikel 4 staat het aan de belastingplichtige zelf om vast te stellen of hij de heffing verschuldigd is en om, op straffe van administratieve sanctie, binnen de termijn van vijftien dagen vanaf de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* (voor wat de eerste heffing betreft), alle elementen te bezorgen aan de hand waarvan de ambtenaar, overeenkomstig artikel 5, het bedrag van de heffing kan vaststellen voor elke niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, inzonderheid de potentiële productiecapaciteit die de belastinggrondslag van de heffing vormt.

Aangezien het om een jaarlijkse heffing gaat, zal die procedure van vaststelling van de hoedanigheid van belastingplichtige en van de belastinggrondslag van de heffing door de schuldenaar jaarlijks moeten worden uitgevoerd. Luidens artikel 4, § 2, zendt iedere schuldenaar van de heffing daartoe, elk kalenderjaar, uiterlijk op 1 juli en dit voor de eerste maal op 1 juli 2007, een nieuwe aangifte voor elke niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, waarop hij nog steeds een zakelijk recht uitoefent, per aangetekend schrijven met ontvangstbewijs aan de Algemene Directie van Energie.

B.7.2. De potentiële productiecapaciteit wordt opgevat als de productiecapaciteit van de elektriciteitsproductie-installatie die op de site « kan gebouwd worden », voor zover die capaciteit minstens 400 MW bedraagt voor een gascentrale en minstens 250 MW voor hetzij een koleninstallatie hetzij een installatie werkend op basis van hernieuwbare energiebronnen of warmtekrachtkoppeling.

De potentiële productiecapaciteit is dus een minimale additionele productiecapaciteit van een mogelijke elektriciteitsproductie-installatie.

De minimale waarden van die potentiële productiecapaciteit maken bovendien een criterium van definitie van de « onderbenutte site voor de productie van elektriciteit » uit, maar vormen een criterium dat onderscheiden is van de definitie van de « niet-benutte site voor de productie van elektriciteit ».

B.7.3. De in het geding zijnde heffing heeft een bijzondere werkingssfeer, enerzijds, in zoverre zij, zoals in de in B.1.2 geciteerde parlementaire voorbereiding wordt gesteld, de dominante operator op de markt van de elektriciteitsproductie in België beoogt en, anderzijds, in zoverre zij van toepassing is op het voornamelijk technische domein van elektriciteitsproductie.

Het fiscale wettigheidsbeginsel moet dus vanuit die bijzondere context worden bekeken.

B.7.4. Tijdens de parlementaire voorbereiding verduidelijkte de bevoegde minister dat hij heeft meegewerkt aan de Pax Electrica I (overname van Electrabel door Suez) en de Pax Electrica II (fusie van Suez en Gaz de France) en verklaarde hij :

« In de Pax Electrica I werd overeengekomen dat Suez naar keuze sites met een totale capaciteit van 1.500 MW zou vrijmaken. Het gaat om de sites van Beringen, Marchienne-au-Pont en Sint-Pieters-Leeuw. De site van Beringen is reeds verkocht. De onderhandelingen over de verkoop van de sites van Marchienne-au-Pont en Sint-Pieters-Leeuw zijn nog lopende. De minister verwacht dat ook deze twee laatste sites snel zullen worden verkocht » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/003, p. 10).

Bovendien « [was] reeds onder Pax Electrica I [...] afgesproken dat indien de sites niet verkocht werden, Electrabel een heffing zou moeten betalen » (*Parl. St.*, Senaat, 2006-2007, 3-1944/3, p. 8).

De minister heeft nog gepreciseerd :

« De Pax Electrica II waarvan dit wetsontwerp deel uitmaakt gaat veel verder dan de Pax Electrica I en gaat over alle niet-benutte sites. De lijst van de alle niet-benutte of onderbenutte sites is ondertussen beschikbaar » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/003, p. 10).

Die lijst is « in het bezit [...] van de FOD Economie en [is] gebaseerd [...] op gegevens afkomstig van ELIA » (*ibid.*, p. 12), maar « [...] zij [kan] echter niet worden bekendgemaakt », vermits zij vertrouwelijke gegevens bevat.

Ten slotte is de termijn voor indiening van de aangifte « verkort [...] omdat het toch gaat om gegevens waarover de producent reeds beschikt » en de minister heeft bevestigd dat « alle sites in kaart gebracht zijn » en dat « de vereiste gegevens om de sites op te sporen [...] ook te bekomen [zijn] via ELIA » (*ibid.*, p. 13).

B.7.5. Met de verwijzing naar de potentiële productiecapaciteit van een elektriciteitsproductie-installatie zijn het belastbaar feit en de hoedanigheid van schuldenaar dus voldoende bepaald, aangezien zij verwijzen naar een criterium dat de operatoren van de elektriciteitsmarkt hanteren en kennen (zie bijvoorbeeld : Studie (F) 050512-CDC-420 van 12 mei 2005 van de CREG over de « evaluatie op 28 februari 2005 van de toepassing van virtuele productiecapaciteiten van elektriciteit »; Studie (F) 060515-CDC-479 van 15 mei 2006 van de CREG over « het rapport ‘ Structure and Functioning of the Electricity Market in Belgium in a European Perspective ’ van oktober 2004 opgesteld door London Economics »).

B.7.6. Wat betreft de minimale waarden waarnaar de potentiële productiecapaciteit, de grondslag van de belasting, verwijst, wordt in de parlementaire voorbereiding overigens uiteengezet :

« 400 MW en 250 MW zijn de minimumvermogens die nodig zijn voor resp. gascentrales of centrales die gestookt worden met kolen om economisch rendabel te kunnen zijn » (*ibid.*, p. 12).

Bovendien gaat het om « standaardinstallaties » (*ibid.*) en de mogelijkheid om die installaties te bouwen verwijst voornamelijk naar de oppervlakte van de site, zoals zulks blijkt uit de in B.3.1.3 geciteerde parlementaire voorbereiding.

B.7.7. Uit wat voorafgaat, volgt dat de voorwaarden van de heffing worden bepaald door een courant technisch gegeven inzake elektriciteitsproductie, dat gekend moet zijn zowel door de elektriciteitsproducenten die een zakelijk recht uitoefenen op een site voor de productie van elektriciteit - waarvan zij geacht kunnen worden de maximale productiecapaciteit te kennen, en bijgevolg de potentiële productiecapaciteit - als door de ambtenaar die ermee belast is over de toepassing van de bestreden wet te waken.

B.7.8. Aangezien de essentiële elementen van de belasting voldoende precies zijn gedefinieerd voor de adressaten van de wet van 8 december 2006, is het eerste middel niet gegrond.

Het tweede, in ondergeschikte orde aangevoerde middel is gebaseerd op een verkeerde interpretatie van de wetsbepalingen, en is bijgevolg evenmin gegrond.

Ten aanzien van het derde en het vierde middel

B.8. Het derde middel, dat is gericht tegen de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 10 van de bestreden wet, is afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 16 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre de combinatie van de bepalingen waarbij de heffing wordt ingevoerd en van die welke voorzien in een vrijstelling of een

schorsing ertoe leidt dat een *quasi* gedwongen verkoop wordt ingevoerd die neerkomt op een feitelijke onteigening.

Het vierde middel, gericht tegen dezelfde bepalingen, is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De verzoekende partij voert aan dat de bestreden bepalingen ten onrechte de producent die houder is van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte productiesite, die beslist de site niet af te staan alhoewel hij zulks zou kunnen doen, en een producent die houder is van een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte productiesite die, om redenen onafhankelijk van zijn wil, de site niet heeft kunnen afstaan tegen voorwaarden waaronder hij de verschuldigdheid van de heffing had kunnen vermijden, aan dezelfde heffing onderwerpen, hoewel die personen zich in fundamenteel verschillende situaties bevinden.

B.9.1. De artikelen 8 tot 10 van de bestreden wet vormen een hoofdstuk IV met als opschrift « Vrijstelling, terugbetaling en schorsing », en bepalen :

« Art. 8. De schuldenaar van de heffing is vrijgesteld van de heffing indien hij met vaste dagtekening aan een derde een zakelijk recht heeft verleend op een niet-benutte site voor de productie van elektriciteit of op een onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, met de verplichting voor de derde hierop een elektriciteitscentrale te bouwen met een productiecapaciteit van minstens 400 MW voor een gascentrale of met een productiecapaciteit van minstens 250 MW voor een koleninstallatie of een productie-installatie werkend op basis van hernieuwbare energiebronnen of warmtekrachtkoppeling met een productiecapaciteit van minstens 250 MW. De bedoelde overeenkomst moet een vaste dagtekening hebben verkregen ten laatste bij het verstrijken van de indieningstermijn, bedoeld in artikel 4.

Art. 9. Tot twaalf maanden na de verzendingsdatum van de aangifte overeenkomstig artikel 4 kan de schuldenaar van de heffing, per aangetekend schrijven met ontvangstbewijs, aan de ambtenaar terugbetaling van de betaalde heffing vragen indien hij bewijst aan een derde een zakelijk recht met vaste dagtekening op een niet-benutte site voor de productie van elektriciteit of op een onderbenutte site voor de productie van elektriciteit te hebben verleend, met de verplichting voor de derde hierop een elektriciteitscentrale te bouwen met een productiecapaciteit van minstens 400 MW voor een gascentrale of met een productiecapaciteit van minstens 250 MW voor een koleninstallatie of een productie-installatie werkend op basis van hernieuwbare energiebronnen of warmtekrachtkoppeling met een productiecapaciteit van minstens 250 MW.

De ambtenaar neemt een beslissing omtrent de vraag tot terugbetaling overeenkomstig artikel 5. De terugbetaling bedraagt 90 % van het betaalde bedrag. Tegen deze beslissing kan de schuldenaar van de heffing binnen de dertig dagen na ontvangst van de uitspraak bij de directeur-generaal van de algemene directie Energie een met redenen omkleed

administratief beroep aantekenen. De directeur-generaal behandelt het beroep overeenkomstig artikel 7, §§ 2 et 3.

Art. 10. § 1. De derde die een zakelijk recht verwerft overeenkomstig de artikelen 8 en 9 wordt schuldenaar van de heffing. Hij geniet evenwel van een schorsing van de heffing indien hij binnen dertig kalenderdagen, te rekenen vanaf de vaste dagtekening van het verkregen zakelijk recht, een aangifte doet overeenkomstig artikel 4.

§ 2. Binnen dertig kalenderdagen na ontvangst van het aangetekend schrijven bedoeld in § 1, neemt de ambtenaar een beslissing omtrent de vraag tot schorsing van de heffing overeenkomstig artikel 5. De schorsing bedoeld in § 1 bedraagt twee jaar, te rekenen vanaf de datum van verzending van de beslissing.

§ 3. De schorsingstermijn kan verlengd worden met vier jaar, indien de derde, voor het verstrijken van de schorsingstermijn bedoeld in § 2, aan de ambtenaar per aangetekend schrijven met ontvangstbewijs het bewijs levert een individuele vergunning voor de bouw van een nieuwe installatie van elektriciteitsproductie te hebben verkregen, overeenkomstig artikel 4 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, en met de bouwwerken te zijn gestart. De periode van vier jaar kan maximaal met één jaar verlengd worden, indien, voor het verstrijken van de vier jaar en op uitdrukkelijke vraag van de derde, bewezen wordt dat de bouwwerken dermate omvangrijk zijn, dat zij niet voorlopig opgeleverd kunnen worden binnen de vier jaar.

De ambtenaar neemt een beslissing omtrent de vraag tot verlenging van de schorsingstermijnen bedoeld in het eerste lid, overeenkomstig artikel 5. Tegen deze beslissing kan de schuldenaar van de heffing binnen de dertig dagen na ontvangst van de uitspraak bij de directeur-generaal van de algemene directie Energie een met redenen omkleed administratief beroep aantekenen. De directeur-generaal behandelt het beroep overeenkomstig artikel 7, §§ 2 en 3 ».

B.9.2. Artikel 8 voorziet in een vrijstelling van de heffing wanneer met vaste dagtekening aan een derde een zakelijk recht wordt verleend op een niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit, met de verplichting voor de derde hierop een elektriciteitscentrale te bouwen met een minimale productiecapaciteit.

In verband met die bepaling stelt de parlementaire voorbereiding :

« In artikel 8 wordt een extra mogelijkheid vermeld die aan de schuldenaar van de heffing de mogelijkheid biedt om vrijgesteld te zijn van de heffing. Deze vrijstelling geldt wanneer een derde een zakelijk recht met vaste dagtekening op een niet-benutte of onderbenutte productiesite heeft verkregen met de verplichting hierop een elektriciteitscentrale te bouwen met een minimumcapaciteit van 400 MW voor een gascentrale of een minimumcapaciteit van 250 MW voor een koleninstallatie of een minimumcapaciteit van 250 MW voor een installatie werkend op basis van hernieuwbare energie of warmtekrachtkoppeling. De vaste dagtekening mag de indieningstermijn van 30 dagen na de inwerkingtreding van de wet niet overschrijden » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 8).

B.9.3. Het bestreden artikel 9 voorziet in de mogelijkheid voor de schuldenaar van de heffing om, ten belope van 90 pct., de terugbetaling van de betaalde heffing te verkrijgen, indien hij bewijst dat hij met vaste dagtekening aan een derde een zakelijk recht op een niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit heeft verleend, met de verplichting voor de derde hierop een elektriciteitscentrale met een minimale productiecapaciteit te bouwen.

In verband met die bepaling wordt in de parlementaire voorbereiding uiteengezet :

« Artikel 9 biedt aan de schuldenaar van de heffing de mogelijkheid om tot 12 maanden na de kennisgeving van zijn aangifte een opheffing te vragen van de heffing indien hij intussen op de niet-benutte of onderbenutte productiesite aan een derde een zakelijk recht heeft verleend met vaste dagtekening. De derde neemt weliswaar de verplichting op zich om op de niet-benutte of onderbenutte productiesite een elektriciteitscentrale te bouwen waarvan de productiecapaciteit minstens 400 MW is voor een gascentrale en 250 MW voor een koleninstallatie of voor een installatie werkend op basis van hernieuwbare energie of warmtekrachtkoppeling. De opheffing bedraagt 90 % van de heffing en de ambtenaar doet hierover uitspraak conform artikel 5. Verder wordt er bepaald dat tegen deze beslissing de schuldenaar van de heffing binnen de dertig dagen na ontvangst van de uitspraak een met redenen omkleed administratief beroep kan aantekenen » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 8).

B.9.4. Het bestreden artikel 10 bepaalt dat de derde die het zakelijk recht verwerft op de niet-benutte of onderbenutte site voor de productie van elektriciteit schuldenaar van de heffing wordt, met de mogelijkheid om, onder de in de wet bedoelde voorwaarden, een schorsing van de heffing te verkrijgen gedurende een maximale termijn van vijf jaar.

In verband met die bepaling wordt in de parlementaire voorbereiding uiteengezet :

« Indien een derde een zakelijk recht verwerft op een niet-benutte of onderbenutte productiesite is hij eveneens gehouden binnen de 30 kalenderdagen, vanaf de vaste dagtekening van zijn overeenkomst, een aangifte te doen overeenkomstig artikel 4. In deze aangifte kan de derde om een schorsing van de heffing vragen. Ook hier doet de ambtenaar uitspraak over de aangifte conform artikel 5 en kent hij een schorsingstermijn toe van twee jaar. Deze schorsingstermijn kan met vier jaar verlengd worden indien voor het verstrijken van de twee jaar, de derde aan de ambtenaar om verlenging vraagt. Maximaal kan de schorsingstermijn met één jaar nog verlengd worden voor het verstrijken van de vier jaar indien bewezen is dat de bouwwerken dermate omvangrijk zijn dat zij niet voorlopig opgeleverd kunnen worden binnen de vier jaar. Op iedere vraag tot verlenging, doet de ambtenaar uitspraak conform artikel 6. Verder wordt er bepaald dat tegen

deze beslissing de schuldenaar van de heffing binnen de dertig dagen na ontvangst van de uitspraak een met redenen omkleed administratief beroep kan aantekenen » (*Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/001 en 2712/001, p. 9*).

Wat betreft het met de in het geding zijnde heffing nagestreefde gevolg, heeft de minister van Economie verklaard :

« De heffing moet gezien worden als een maatregel die de regering aan Suez heeft opgelegd om de markt van de elektriciteitsproductie te openen ten gunste van de consument, in tegenstelling tot het Borssele-project in Nederland waar de privé-sector over de exploitatie van een kerncentrale enkel met de overheid heeft overlegd zonder rekening te houden met de gebruiker.

Een onteigening van de niet-benutte of onderbenutte sites is wettelijk niet mogelijk. Daarom heeft de minister naar het voorbeeld van de Vlaamse wooncode ervoor geopteerd een heffing op te leggen voor de niet-benutte of onderbenutte sites. De minister beaamt dat de heffing voldoende hoog moet zijn om Electrabel aan te sporen om de sites van de hand te doen. De heffing is bovendien jaarlijks waardoor de druk op Electrabel nog wordt verhoogd. Electrabel kan enkel van de heffing ontlast worden indien zij een site verkoopt.

[...]

De minister is ervan overtuigd dat deze jaarlijkse heffing Electrabel zal aanzetten tot het vrijmaken van de markt van de elektriciteitsproductie.

[...]

De jaarlijkse heffing bedraagt 11.000 euro per MW potentiële productiecapaciteit. Dit is veel hoger dan de marktprijs van 500 à 625 euro per MW. Deze hoge heffing zal Electrabel dan ook aanzetten om de markt te openen en de niet-benutte of onderbenutte sites te verkopen.

[...]

De jaarlijkse heffing is aflopend tot wanneer er voldoende productiecapaciteit is vrijgegeven. Het hoge bedrag van de heffing zal Electrabel ertoe aanzetten de sites snel vrij te geven » (*Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2711/003, pp. 10-12*).

B.10.1. Anders dan de verzoekende partij beweert, kan de bestreden heffing niet worden gekwalificeerd als een onteigening in de zin van artikel 16 van de Grondwet. Hoewel die heffing de heffingplichtige ertoe aanzet een zakelijk recht op niet-benutte of onderbenutte sites voor de productie van elektriciteit geheel of gedeeltelijk over te dragen aan derden, meer bepaald aan concurrenten, met het oog op de oprichting door deze laatsten van in de bestreden wet beoogde installaties voor de productie van elektriciteit, ontzet de heffing als zodanig de heffingplichtige niet uit zijn eigendomsrechten en verplicht zij hem evenmin ertoe tot een

eigendomsoverdracht over te gaan. De bestreden heffing, hoewel zij van invloed kan zijn op de marktwaarde van de betrokken sites, staat evenmin eraan in de weg dat de heffingplichtige met de derden aan wie de zakelijke rechten op de betrokken sites of deelsites zouden worden overgedragen, een billijke prijs zou overeenkomen. Niets belet de heffingplichtige immers de sites aan te bieden op de internationale markt en te contracteren met de meestbiedende.

Om dezelfde redenen kan de bestreden heffing niet worden beschouwd als een eigendomsberoving in de zin van artikel 1, eerste alinea, van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.10.2. Onderzocht moet nog worden of de heffing kan worden beschouwd als een regeling van « het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang » als bedoeld in de tweede alinea van artikel 1 van het vermelde Eerste Aanvullend Protocol.

Wat dat punt betreft, kan, hoewel de fiscale wetgever ter zake over een ruime beoordelingsmarge beschikt, een belasting toch onevenredig worden geacht en op onverantwoorde wijze afbreuk doen aan het ongestoord genot van iemands eigendom indien zij het billijke evenwicht verbreekt tussen de vereisten van het algemeen belang en de bescherming van het recht op het ongestoord genot van eigendom (EHRM, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH* t. Nederland, 23 februari 1995; *SA Dangeville* t. Frankrijk, 16 april 2002, en *SA Cabinet Diot* en *SA Gras Savoye* t. Frankrijk, 16 april 2002; *Buffalo SRL in vereffening* t. Italië, 3 juli 2003; *M.A. en E. Imbert de Tremiolles* t. Frankrijk, 4 januari 2008).

B.10.3. De bestreden heffing streeft een doelstelling van algemeen belang na, namelijk, enerzijds, bijdragen tot de afbouw van de dominante positie die één onderneming in de loop der jaren heeft verworven op de Belgische markt van de elektriciteitsproductie, en, anderzijds, door niet-benutte of onderbenutte sites voor de productie van elektriciteit beschikbaar te stellen voor concurrerende elektriciteitsproducenten, de productiecapaciteit in België, die niet meer beantwoordt aan de vraag, op korte termijn verhogen en moderniseren. De omstandigheid dat het aantal geschikte sites voor de productie van elektriciteit in België beperkt is en in grote mate in handen is van de vermelde onderneming, verantwoordt des te meer de bestreden maatregel.

Hij kan evenmin worden geacht onevenredig te zijn met de beoogde doelstelling. Niet alleen wordt de totale heffing luidens artikel 3, tweede lid, beperkt tot 3 pct. van het gedeelte van het omzetcijfer dat betrekking heeft op de elektriciteitsproductie en dat de heffingplichtige heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt tijdens het laatst afgesloten boekjaar, de heffingplichtige kan ook aan de heffing ontsnappen door spoedig over te gaan tot de door de wetgever beoogde overdracht van zakelijke rechten. Overigens draagt de verzoekende partij geen enkel concreet gegeven aan waaruit zou blijken dat de heffing van dien aard is dat zij haar winstmarge op ernstige wijze kan aantasten.

B.10.4. Op grond van het algemeen beginsel dat de strengheid van de wet in geval van overmacht wordt gemilderd - beginsel waarvan de bestreden wet noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend afwijkt -, zal de heffingplichtige die zich in een zodanige situatie zou bevinden, aanspraak kunnen maken op een gehele of gedeeltelijke vrijstelling van de heffing.

B.11. Het derde en het vierde middel zijn niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 24 april 2008.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior