



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 56.894/3
van 18 december 2014

avis 56.894/3
du 18 décembre 2014

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot verlenging van het mechanisme ingesteld door artikel 20*bis* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en ingesteld door artikel 15/10*bis* van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen'

un projet d'arrêté royal 'portant prolongation du mécanisme instauré par l'article 20*bis* de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et instauré par l'article 15/10*bis* de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations'

Op 11 december 2014 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 ontwerp van koninklijk besluit 'tot verlenging van het mechanisme ingesteld door artikel 20*bis* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en ingesteld door artikel 15/10*bis* van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 16 december 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 december 2014.

*

Le 11 décembre 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Energie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal 'portant prolongation du mécanisme instauré par l'article 20*bis* de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et instauré par l'article 15/10*bis* de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 16 décembre 2014. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 décembre 2014.

*

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:

“Considérant que l’accord du Gouvernement prévoit que :

‘Le Gouvernement prend acte du rapport de la Banque nationale et de la CREG sur le filet de sécurité pour les prix de l’énergie. Il prendra l’initiative de prolonger le mécanisme actuel provisoirement pour un an. Le mécanisme sera abandonné au plus tard le 31 décembre 2017.’;

Que dans la mesure où l’article 20bis, § 7, alinéa 3, de la loi électricité dispose que :

‘Sur la base de ce rapport, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, prolonger d’une nouvelle période de trois ans, au besoin renouvelable selon une procédure identique, s’il constate que les conditions de transparence et de concurrence ne sont toujours pas remplies et que la protection du consommateur n’est ainsi toujours pas garantie. Sur la base du monitoring et du rapport annuel de la commission et de la Banque nationale visés à l’alinéa 1^{er}, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, à tout instant, décider de mettre fin au mécanisme du présent article en présence d’importants effets perturbateurs sur le marché.’, le Roi peut par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition du Ministre, aussi bien prolonger pour une période de trois ans, que supprimer le mécanisme du filet de sécurité ;

Considérant que la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations prévoient uniquement la possibilité, à ce stade, de prolonger le mécanisme du filet de sécurité pour une durée de trois ans ;

Que par souci de sécurité juridique, le mécanisme du filet de sécurité sera prolongé d’une nouvelle période trois ans, à savoir jusqu’au 31 décembre 2017 ;

Considérant que dans la mesure où les lois prévoient que ‘le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, à tout instant, décider de mettre fin au mécanisme du présent article en présence d’importants effets perturbateurs sur le marché.’, il pourra être décidé le cas échéant de mettre fin au mécanisme du filet de sécurité au terme d’une période d’un an comme convenu dans l’accord du Gouvernement ;

Que la prolongation de trois ans n’entre donc pas en contradiction avec l’accord du Gouvernement précité ;

Considérant, par ailleurs, que comme relevé par la Banque nationale et la CREG, les conditions de transparence et de concurrence ne sont toujours pas remplies et que la protection du consommateur n’est toujours pas garantie ;

Qu’il est dès lors nécessaire de prolonger pour une nouvelle période de trois ans, sous réserve de la nécessité d’interrompre celui-ci conformément à la loi, le mécanisme du filet de sécurité afin de garantir la protection des consommateurs résidentiels et des P.M.E. ;

Considérant enfin la nécessité d’éviter des perturbations sur le marché des contrats à prix variables d’énergie ;

Que la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité ainsi que la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations prévoit que le mécanisme du filet de sécurité organisé respectivement par l'article 20bis et par l'article 15/10bis est applicable jusqu'au 31 décembre 2014, sauf renouvellement de ce dernier par le Roi ;

Qu'en raison d'un risque d'absence de continuité du mécanisme du filet de sécurité lequel prend fin le 31 décembre 2014 en cas d'absence de prolongation, le présent arrêté doit être adopté dans l'urgence et être publié avant la fin de l'année 2014 au Moniteur belge."

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot de verlenging van het mechanisme dat is ingesteld bij artikel 20bis van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt' (hierna: elektriciteitswet) en bij artikel 15/10bis van de wet van 12 april 1965 'betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen' (hierna: gaswet) om ongerechtvaardigde prijsstijgingen van elektriciteit en gas te vermijden.

Het mechanisme dat is vervat in de genoemde bepalingen wordt verlengd voor een periode van drie jaar tot 31 december 2017 (artikelen 1 en 2). Ten laatste drie maanden vóór 31 december 2015 moeten de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) en de Nationale Bank van België echter een evaluatierapport opstellen (artikel 3 van het ontwerp), op basis waarvan kan worden besloten om de maatregel vervroegd stop te zetten.

RECHTSGROND

4.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt in beginsel geboden door artikel 20bis, § 7, derde lid, van de elektriciteitswet en door artikel 15/10bis, § 7, derde lid, van de gaswet.

4.2. De genoemde bepalingen voorzien zelf al in een jaarlijkse rapportering door de CREG en de Nationale Bank van België met het oog op een vervroegd beëindigen van het prijsbeheersingsmechanisme. Het bepalen van het tijdstip waarop het evaluatierapport voor 2015 moet worden opgesteld (artikel 3 van het ontwerp), kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met

artikel 20bis, § 7, van de elektriciteitswet en met artikel 15/10bis, § 7, van de gaswet: de Koning dient immers tijdig te worden voorgelicht om met toepassing van telkens het tweede lid van de zo-even genoemde bepalingen eventueel vervroegd een einde te kunnen stellen aan het mechanisme.

ALGEMENE OPMERKING

5.1. Het in het ontwerp bedoelde mechanisme is een bijzonder prijscontrolemechanisme voor de leveringsprijzen van elektriciteit en gas aan huishoudelijke eindafnemers en kleine en middelgrote ondernemingen, en vormt daardoor een beperking van het vrije verkeer van goederen. Over dit mechanisme heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 51.025/3 het volgende opgemerkt:

“6. Het prijscontrolemechanisme vervat in de artikelen 20bis van de elektriciteitswet en 15/10bis van de gaswet is door de wetgever verantwoord met een beroep op de mogelijkheid die de parallelle artikelen 3, lid 2, van de richtlijnen 2009/72/EG¹ en 2009/73/EG² laten om aan de leveranciers openbardienstverplichtingen op te leggen. Het bestaande mechanisme is op dit punt al getoetst door de Raad van State, afdeling Wetgeving, aan de criteria die het Hof van Justitie in dit verband heeft ontwikkeld in het arrest *Federutility*³. In zijn advies overwoog de Raad als volgt:

‘56. Het ontworpen artikel 20bis van de elektriciteitswet voorziet in een nieuw mechanisme om de volatiliteit van de energieprijzen voor de levering van elektriciteit aan huishoudelijke afnemers en KMO's te beperken. Hiertoe gaat de CREG na of de door de leverancier toegepaste indexeringsformule correct werd toegepast. Bovendien moet elke andere prijsverhoging voorafgaandelijk door de CREG worden goedgekeurd na een gemotiveerde melding door de leverancier.

Deze regeling sluit niet aan op een om te zetten richtlijnbeepaling. De verenigbaarheid ervan met het Unierecht wordt in de memorie van toelichting gemotiveerd aan de hand van de doelstelling van de bescherming van huishoudelijke afnemers en KMO's. Er wordt in de memorie van toelichting betoogd dat uit het arrest *Federutility* van het Hof van Justitie⁴ kan worden afgeleid dat de ontworpen regeling in een proportionele verhouding tot deze doelstelling staat. In dat arrest heeft het Hof van Justitie aanvaard dat onder bepaalde omstandigheden prijscontrole voor energieprijzen voor consumenten als een vorm van openbare dienstverplichting kan worden opgelegd. Ook al had de betrokken zaak betrekking op de gasprijzen, toch kan worden aangenomen dat de gegevens waarop het Hof zich baseerde voor zijn uitspraak, *mutatis mutandis* ook toepasselijk zijn op het onderhavige geval.

¹ Voetnoot 2 uit advies 51.025/3: Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’.

² Voetnoot 3 uit advies 51.025/3: Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG’.

³ Voetnoot 4 uit advies 51.025/3: HvJ 20 april 2010, zaak C-265/08 *Federutility*, *Jur.* 2010, I-3377.

⁴ Voetnoot 5 uit advies 51.025/3: Voetnoot 39 in het aangehaalde advies: HvJ, 20 april 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08 (en niet C-258/08, zoals verkeerdelijk wordt vermeld in de memorie van toelichting). Er kan ook worden verwezen naar HvJ, 13 maart 2008, *Commissie t. België*, C-227/06.

In het arrest *Federutility* worden de artikelen 3, lid 3, en bijlage A, onderdeel g), van richtlijn 2003/55/EG⁵ toegepast, die de lidstaten toelaten om aan bedrijven die in de gassector actief zijn, 'verplichtingen inzake openbardienstverlening' op te leggen die onder meer op de 'prijs van de leveringen' betrekking kunnen hebben, zodat afnemers 'die op het gassysteem zijn aangesloten, in kennis worden gesteld van hun recht om, in overeenstemming met de geldende nationale wetgeving, te worden voorzien van aardgas van een bepaalde kwaliteit tegen een redelijke prijs'. Een analoge redenering kan in het onderhavige geval worden gevolgd op grond van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/72/EG (dat gewag maakt van het recht op 'levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen') en van onderdeel 1, g), van bijlage I bij deze richtlijn, dat inhoudt dat de afnemers die toegang hebben tot deze universeledienstverlening, in kennis worden gesteld van hun rechten ter zake.

Overeenkomstig artikel 37, lid 1, n), van richtlijn 2009/72/EG ziet de regulerende instantie 'samen met andere betrokken instanties' toe op de doeltreffendheid en de naleving van de maatregelen ter bescherming van de consument, bedoeld in bijlage I bij deze richtlijn. De ontworpen regeling dient onderzocht te worden op drie punten. In de eerste plaats moet worden nagegaan of ze spoort met de voorwaarden die het Hof van Justitie in het arrest *Federutility* heeft geformuleerd aangaande de verenigbaarheid met het Unierecht (zie opmerking 57). [...]

57. In het arrest *Federutility* achtte het Hof van Justitie de Italiaanse regeling waarbij de aardgasprijzen voor consumenten werden vastgesteld aan de hand van referentieprijzen die bepaald werden door de toezichthouder in overeenstemming met het Unierecht, op voorwaarde dat de nationale rechter zou vaststellen dat:

- met de regeling een algemeen economisch belang wordt nagestreefd dat erin bestaat dat de prijs voor de levering van aardgas aan de eindafnemer op een redelijk niveau wordt gehandhaafd, gelet op het feit dat de lidstaten, rekening houdend met de situatie van de aardgassector, de door richtlijn 2003/55/EG beoogde doelstellingen van liberalisering en van noodzakelijke bescherming van de eindafnemer met elkaar dienen te verzoenen;

- na 1 juli 2007 de vrije totstandkoming van de prijs voor de levering van aardgas slechts belemmerd wordt voor zover dit voor de verwezenlijking van een dergelijke doelstelling van algemeen economisch belang noodzakelijk is en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode, en

- de regeling duidelijk wordt gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar is en de gelijke toegang van de aardgasbedrijven van de Europese Unie tot de consument erdoor wordt gewaarborgd.

57.1. Wat de eerste voorwaarde betreft, kan worden aangenomen dat voor de zo-even aangehaalde bepalingen inzake universeledienstverlening vervat in richtlijn 2009/72/EG een analoge redenering gevolgd kan worden als voor de bepalingen vervat in richtlijn 2003/55/EG en dat de ontworpen regeling met name een algemeen economisch belang nastreeft dat erin bestaat dat de prijs voor de levering van elektriciteit aan de eindafnemer op een redelijk niveau wordt gehandhaafd.

⁵ Voetnoot 6 uit advies 51.025/3: Voetnoot 40 in het aangehaalde advies: Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG.

57.2. Wat de tweede voorwaarde betreft, heeft het Hof van Justitie in het arrest Federutility een aantal criteria gehanteerd om de evenredigheid van de maatregel te beoordelen.⁶

57.2.1. Ten eerste moet de maatregel in de tijd beperkt zijn. Zelfs bij een tijdelijke maatregel dienen er mechanismen te zijn waarbij de overheid 'ingevolge het toepasselijke nationale recht op gezette tijden met korte tussenpozen de noodzaak en de modaliteiten van zijn interventie opnieuw dient te beoordelen, rekening houdend met de ontwikkeling van de [...] sector'⁷.

De ontworpen regeling blijft overeenkomstig het ontworpen artikel 20bis, § 7, van de elektriciteitswet gelden tot 31 december 2014. Ze wordt jaarlijks geëvalueerd door de CREG, die eventuele marktversturende effecten ervan aan de minister meldt. Op grond van een evaluatierapport dat wordt opgesteld door de CREG en de Nationale Bank van België kan de Koning bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de ontworpen regeling verlengen voor een periode van drie jaar, indien hij vaststelt 'dat de transparantie- en mededingingsvoorwaarden nog steeds niet vervuld zijn en dat de bescherming van de consument nog steeds niet gewaarborgd is'.

Hieruit kan worden opgemaakt dat er geen uitdrukkelijke bepaling is die een beëindiging van deze regeling vóór 31 december 2014 mogelijk maakt, indien voordien reeds zou blijken dat de doelstellingen inzake bescherming van de consument zijn bereikt. Op dit punt is alleszins niet voldaan aan het door het Hof van Justitie geformuleerde vereiste dat 'op gezette tijden met korte tussenpozen' de noodzaak en de nadere details van de regeling moeten worden heroverwogen. Ook het gegeven dat de ontworpen regeling na een verlenging uiteindelijk nog tot 31 december 2017 van kracht kan blijven, lijkt problematisch. Het is dan ook twijfelachtig of de ontworpen regeling op dit punt voldoet aan de voorwaarde die in het arrest Federutility werd gehanteerd.

57.2.2. In de tweede plaats 'mag de toegepaste interventiemethode niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is ter verwezenlijking van de beoogde doelstelling van algemeen economisch belang'⁸. Op dit punt worden in de memorie van toelichting een aantal economische gegevens aangevoerd waaruit de grote volatiliteit van de elektriciteitsprijs moet blijken. Met de ontworpen regeling wordt gepoogd die volatiliteit te bestrijden, namelijk door de indexering van de energieprijs voor huishoudelijke afnemers en KMO's slechts vier maal per jaar toe te staan en door de toepassing van de indexeringsmechanismen door de leveranciers te controleren (ontworpen artikel 20bis, §§ 2 tot 4). Er wordt tevens voorzien in een controle van elke andere prijsverhoging dan een verhoging die voortvloeit uit een indexering of uit een beslissing van de bevoegde overheid, regulator of netbeheerder (ontworpen artikel 20bis, § 5).

De beperking van het aantal indexeringen tot vier per jaar lijkt wel in een evenredige verhouding te staan tot het nagestreefde doel, aangezien een dergelijke maatregel bijdraagt tot de uitvlakking van kortstondige evoluties door schommelingen van de index. De controle op de toepassing van de indexeringsmechanismen beoogt vooral de transparantie van de energieprijzen,

⁶ Voetnoot 7 uit advies 51.025/3: Voetnoot 41 in het aangehaalde advies: HvJ, 20 april 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08, punten 33-43.

⁷ Voetnoot 8 uit advies 51.025/3: Voetnoot 42 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 35.

⁸ Voetnoot 9 uit advies 51.025/3: Voetnoot 43 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 36.

waarbij de leveranciers in beginsel zelf bepalen welke parameters zij hanteren voor die indexering, en lijkt om die reden eveneens aan het evenredigheidsvereiste te voldoen.

De ontworpen maatregelen inzake de controle van andere prijsverhogingen daarentegen zijn op zich beschouwd al verstrekkend in vergelijking met de ontworpen regeling met betrekking tot de beperking van en de controle op de toepassing van de prijsindexering. Bovendien rijst de vraag of deze prijscontrole wel bij uitstek de beperking beoogt van de gevolgen van de prijsstijgingen op de internationale markten, zoals het geval bleek te zijn voor de regeling die aan bod kwam in het arrest *Federutility*⁹. De maatregel raakt in aanzienlijke mate aan de wijze van bedrijfsvoering van elektriciteitsleveranciers, terwijl een inefficiënte of inadequate wijze van bedrijfsvoering in beginsel door een vrije marktwerking dient te worden opgevangen, veeleer dan door prijsverhogingen op algemene wijze aan een goedkeuring van overheidswege te onderwerpen. Voor wat dit onderdeel betreft meent de Raad van State dan ook vraagtekens te moeten plaatsen bij de evenredigheid van de ontworpen maatregel.

57.2.3. Ten slotte is volgens het Hof van Justitie vereist dat de evenredigheid van de maatregel wordt verantwoord in het licht van de begunstigden ervan. Er moet met name 'rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de situatie van ondernemingen van die van de huishoudelijke verbruiker verschilt en de beoogde doelstellingen en de af te wegen belangen niet noodzakelijkerwijs dezelfde zijn, en met de objectieve verschillen tussen de ondernemingen zelf, naargelang hun omvang'¹⁰.

Aangezien ook in richtlijn 2009/72/EG op verscheidene plaatsen een onderscheid wordt gemaakt tussen huishoudelijke afnemers enerzijds en ondernemingen anderzijds en tussen kleine en grote ondernemingen onderling en bovendien de regeling in artikel 3, lid 3, van de richtlijn specifiek gericht is tot huishoudelijke afnemers en, indien de lidstaten zulks wenselijk achten, tot kleine ondernemingen, kan worden aangenomen dat de ontworpen regeling, die betrekking heeft op huishoudelijke eindafnemers en KMO's, aan het zo-even geschetste vereiste voldoet.

57.3. De derde door het Hof van Justitie gehanteerde voorwaarde houdt in dat de openbardienstverplichtingen duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar moeten zijn, en steeds de gelijke toegang van de energiebedrijven in de Europese Unie tot de consument moeten waarborgen. Ook indien de vaststelling van referentieprijzen voor alle leveranciers op gelijke wijze geldt, mag de ontworpen regeling niet discriminerend zijn, doordat de financiële last ervan voornamelijk sommige leveranciers treft.¹¹

De ontworpen regeling lijkt wel aan deze voorwaarde te voldoen, nu elke leverancier nog steeds vrij blijft om zijn eigen indexeringsmechanisme uit te werken en de controle van de CREG beperkt is tot het nagaan of onder het mom van een indexering geen andere prijsverhogingen worden doorgevoerd.

57.4. De conclusie uit het voorgaande is dat de ontworpen regeling slechts ten dele verenigbaar is met de beoordeling door het Hof van Justitie in het arrest *Federutility*. Opdat de ontworpen regeling verantwoord zou kunnen worden in het

⁹ Voetnoot 10 uit advies 51.025/3: Voetnoot 44 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 37.

¹⁰ Voetnoot 11 uit advies 51.025/3: Voetnoot 45 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 42.

¹¹ Voetnoot 12 uit advies 51.025/3: Voetnoot 46 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punten 44-46.

licht van dat arrest, moet ze alleszins worden herzien aan de hand van hetgeen zo-even werd opgemerkt.¹²

7. De Raad van State stelt vast dat de regeling die uiteindelijk het voorwerp uitmaakt van de wet van 8 januari 2012, grotendeels tegemoetkomt aan de aangehaalde opmerkingen.

Thans moet worden onderzocht of de impliciete wijzigingen aan die regeling, ten gevolge van de thans ontworpen regeling, eveneens aan de eisen van het genoemde arrest Federutility voldoen.

8. In de eerste plaats lijkt te kunnen worden aangenomen dat het ontwerp nog steeds een algemeen economisch belang nastreeft, dat erin bestaat dat de prijs voor de levering van elektriciteit en aardgas aan de eindafnemer op een redelijk niveau wordt gehandhaafd, gelet op het gegeven dat de lidstaten, rekening houdend met de situatie van de elektriciteits- en aardgassector, de in de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG vervatte doelstellingen van liberalisering en van noodzakelijke bescherming van de eindafnemer met elkaar dienen te verzoenen.

De in de memorie van toelichting aangehaalde studies van de CREG en het Prijzenobservatorium lijken het immers aannemelijk te maken dat overheidsoptreden met het oog op het matigen van de stijging van de energieprijzen voor de consumenten mogelijk en gewenst is.

Aan de eerste voorwaarde van het arrest Federutility lijkt bijgevolg te zijn voldaan.

9.1. In de tweede plaats moet worden onderzocht of de ontworpen maatregelen de vrije totstandkoming van de prijs voor de levering van aardgas en elektriciteit slechts belemmeren voor zover dit voor de verwezenlijking van een dergelijke doelstelling van algemeen economisch belang noodzakelijk is en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode.

9.2. In tegenstelling tot het basismechanisme van artikel 20bis, §§ 2 tot 4, van de elektriciteitswet en artikel 15/10bis, §§ 2 tot 4, van de gaswet, dat enkel voorziet in een controle op het naleven door de leverancier van de door hem gehanteerde indexeringsformule, die hij verder volledig vrij mag ontwerpen (maar weliswaar slechts hoogstens vier keer per jaar mag toepassen), grijpt de thans ontworpen regeling op twee manieren in op de prijsvorming zelf.

In de eerste plaats worden prijsverhogingen op basis van de indexeringsparameter boven het niveau van 1 april 2012 voor negen maanden verboden. Deze maatregel lijkt in een redelijk evenredigheidsverband te staan tot het acute probleem van de stijging van de energieprijzen en de bijhorende gevolgen voor de inflatie. Er moet bovendien worden opgemerkt dat op deze manier slechts een deelaspect van de prijsvorming wordt aangepakt. Het zal nog steeds mogelijk zijn om prijsstijgingen door te voeren tot op het niveau van de indexeringsparameters van 1 april 2012, en het blijft ook mogelijk – weliswaar mits instemming van de CREG, in het kader van het mechanisme vastgesteld bij paragraaf 5 van de artikelen 20bis van de elektriciteitswet en 15/10bis van de gaswet – om andere prijsverhogingen door te voeren.

In de tweede plaats voorziet het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid, in de mogelijkheid voor de Koning om ook een exhaustieve lijst van criteria voor het uitwerken

¹² Voetnoot 13 uit advies 51.025/3: Advies 49.570/3 van 31 mei 2011 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de genoemde wet van 8 januari 2012 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1725/1, (262), pp. 298-301, nrs. 56-57.4. Voor de parallelle opmerking, bij kruisverwijzing, in verband met de overeenstemmende bepalingen van de gaswet, zie p. 326, nr. 111.

van indexeringsformules vast te stellen. De leveranciers zullen bijgevolg nog steeds hun eigen indexeringsformule kunnen opstellen, maar de marges waarbinnen ze dat kunnen doen worden voortaan door de overheid bepaald, wat een zekere prijscontrole met zich kan brengen. Ook die maatregel kan worden verantwoord met het oog op het garanderen dat de indexering voortaan transparant en eerlijk verloopt, op basis van relevante economische parameters die niet tot onverantwoorde prijsstijgingen voor de consument aanleiding mogen geven.

9.3. De maatregel is voorts beperkt in de tijd. Het bevroren van het indexeringsmechanisme gebeurt slechts gedurende negen maanden. Die periode kan door de Koning bovendien nog worden ingekort om twee redenen.¹³

Eenzijds kan de Koning, met toepassing van het ontworpen artikel 108, § 2, vierde lid, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, alsnog het mechanisme van de paragrafen 2 tot 4 van de artikelen 20bis van de elektriciteitswet en 15/10bis van de gaswet in werking stellen vóór 1 januari 2013, 'ingeval van het ontstaan van een geval van overmacht voortvloeiende uit een onvoorziene, externe en onweerstaanbare oorzaak, of ingeval van de veruitwendiging van een ongewenst pervers effect voortvloeiende uit de verbodsmaatregel van opwaartse indexering', en op die manier de bevroering van de indexering opheffen.

Anderzijds kan de Koning, met toepassing van het ontworpen artikel 108, § 3, tweede lid, de bevroering van de indexering ook opheffen zodra het koninklijk besluit met de exhaustieve lijst van criteria voor het uitwerken van indexeringsparameters is vastgesteld.

Dat laatste besluit is wel bedoeld om (in beginsel) onbeperkt in de tijd in werking te blijven.¹⁴ De ratio legis voor een dergelijk besluit, namelijk de vaststelling dat energieleveranciers voor de indexering van hun prijzen gebruik maken 'van indexatieparameters waarvan de [N]ationale Bank van België (...) niet kan bewijzen dat ze representatief zijn voor de evolutie van de werkelijke kosten van de leveranciers'¹⁵, zal niet noodzakelijk snel verdwijnen. Het is dan ook begrijpelijk dat de stellers van het ontwerp die regeling gedurende een langere tijd willen handhaven. Gelet op de Europese eisen verdient het echter aanbeveling om het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid, aan te vullen met een bepaling die voorziet in een regelmatige evaluatie van de werking van dat besluit, naar analogie van de monitoring opgezet bij de artikelen 20bis, § 7, van de elektriciteitswet en 15/10bis, § 7, van de gaswet.

Gelet op het voorgaande lijkt ook aan de tweede voorwaarde van het arrest Federutility te zijn voldaan, onder voorbehoud van hetgeen is opgemerkt in verband met het permanente karakter van het koninklijk besluit bedoeld in het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid.

10. Ten slotte moet de regeling duidelijk worden gedefinieerd, en transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn, en moet worden gewaarborgd dat de elektriciteitsbedrijven en de aardgasbedrijven van de Europese Unie een gelijke toegang tot de consument hebben.

¹³ Voetnoot 14 uit advies 51.025/3: Het ontwerp voorziet niet in een mogelijkheid tot verlenging van de periode waarin de indexering bevroren wordt.

¹⁴ Voetnoot 15 uit advies 51.025/3: Zie evenwel ook de opmerkingen 12.1 tot 12.5 hierna, in verband met de effectuerende van de verplichting voor de leveranciers om enkel de toegelaten criteria toe te passen.

¹⁵ Voetnoot 16 uit advies 51.025/3: Memorie van toelichting bij het voorliggende ontwerp, met verwijzing naar de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 8 januari 2012, aangehaald, p. 14.

Wat betreft de bevrozing van de indexering op het peil van 1 april 2012, lijkt de ontworpen regeling voldoende duidelijk te zijn geformuleerd en controleerbaar te zijn¹⁶, en wordt de maatregel voor alle leveranciers op dezelfde wijze opgelegd. Bovendien wordt door de bepaling van het ontworpen artikel 108, § 2, derde lid, vermeden dat de regeling door sommige leveranciers zou worden omzeild door het vervangen van bestaande contracten door nieuwe contracten.

Wat betreft het vaststellen van een exhaustieve lijst met criteria voor het uitwerken door de leveranciers van hun indexeringsparameters, lijkt de ontworpen regeling specifiek gericht op het garanderen dat ook op het vlak van indexeringen een transparant, niet-discriminerend en controleerbaar regime van kracht is. Het gegeven dat ook buitenlandse leveranciers zich zullen moeten onderwerpen aan dit regime en zij zich dus niet kunnen beroepen op eventuele formules uit hun eigen land lijkt in dit verband een niet-discriminerende beperking, die voldoende wordt verantwoord door, en proportioneel is met, de nagestreefde doelstelling van consumentenbescherming.

Ook aan de derde voorwaarde van het arrest *Federutility* lijkt te zijn voldaan.

11. Onder die omstandigheden kan worden besloten dat de ontworpen regeling, onder het beperkte voorbehoud in opmerking 9, aan de eisen van het recht van de Europese Unie voldoet.”¹⁷

Om aan de opmerkingen in het geciteerde advies over het vereiste van voldoende periodieke evaluatie van de noodzaak van het behouden van het systeem van prijscontrole tegemoet te komen, werd het ontwerp waarover werd geadviseerd, nog aangepast, zodat de verlenging slechts één keer kan gebeuren, weliswaar voor een periode van drie jaar, maar met jaarlijkse opvolgingsverslagen en met de mogelijkheid voor de Koning om te allen tijde bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad een einde te stellen aan het mechanisme.

5.2. De recentere rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁸ geeft geen aanleiding om terug te komen op het in advies 51.025/3 ingenomen standpunt.

5.2.1. De beslissing om het mechanisme te verlengen, is gebaseerd op uitvoerige studies van de CREG en de Nationale Bank van België, waaruit enerzijds blijkt dat het mechanisme er inderdaad toe bijdraagt om de prijzen onder controle te houden, en waaruit anderzijds kan worden afgeleid dat het mechanisme geen negatieve gevolgen voor het functioneren van de markt met zich heeft meegebracht en dat de effectieve mededinging op de energiemarkten zelfs is toegenomen. In beide rapporten wordt dan ook geadviseerd om het mechanisme te verlengen. Bijgevolg lijkt aan de eerste voorwaarde van het arrest *Federutility* nog steeds te zijn voldaan.

5.2.2. Net zoals voorheen zal de toepassing van het mechanisme worden opgevolgd met jaarlijkse verslagen van de CREG en de Nationale Bank van België. Bovendien bepaalt artikel 3

¹⁶ Voetnoot 17 uit advies 51.025/3: Artikel 20bis, § 1, van de elektriciteitswet en artikel 15/10bis, § 1, van de gaswet, waarbij aan de CREG opdracht wordt gegeven om een databank aan te leggen met onder meer de indexeringsformules en de gehanteerde parameters, treden wel in werking op 1 april 2012, zodat controle zeker mogelijk lijkt.

¹⁷ Advies 51.025/3 van 6 maart 2012 over een voorontwerp van wet ‘houdende wijziging van artikel 108 van de wet van 8 januari 2012 tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door leidingen’, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2195/001, 19-24.

¹⁸ HvJ 21 december 2011, C-242/10, *Enel Produzione*. Zie ook HvJ 23 oktober 2014, C-359/11 en C-400/11, *Schulz*.

van het ontwerp zelfs specifiek dat in 2015 het verslag ten laatste drie maanden vóór 31 december 2015 moet worden opgesteld opdat de Koning zou kunnen evalueren of het systeem vervroegd dient te worden stopgezet. Op die manier wordt ook aan de tweede voorwaarde van het arrest *Federutility* voldaan.

5.2.3. Ten slotte zijn er geen elementen die het niet-discriminerende of transparante karakter van het mechanisme in het gedrang kunnen brengen. In de aangehaalde rapporten wordt integendeel het transparante karakter van de regeling bevestigd en worden geen aanwijzingen van marktverstoring gevonden. Bijgevolg is ook aan de derde voorwaarde van het arrest *Federutility* voldaan.

5.3. Aangezien het basismechanisme verenigbaar moet worden geacht met het Europese Unierecht, dezelfde waarborgen als voorheen tijdens de komende drie jaar voorhanden zijn, en de Raad van State, afdeling Wetgeving, geen kennis heeft van gegevens waardoor de conclusies van de rapporten van de CREG en de Nationale Bank van België worden tegengesproken, kan – onder dat voorbehoud – worden aangenomen dat ook de verlenging van het mechanisme met het recht van de Europese Unie verenigbaar is.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

6. De aanhef van het ontworpen besluit dient te worden aangevuld met een lid (dat het eerste lid wordt) waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet (zie opmerking 4.2).

Artikel 3

7. De zinsconstructie van de Nederlandse tekst van artikel 3 van het ontwerp loopt niet, wat dient te worden verholpen.

*

1. Selon 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 :

« Considérant que l'accord du Gouvernement prévoit que :

‘Le Gouvernement prend acte du rapport de la Banque nationale et de la CREG sur le filet de sécurité pour les prix de l'énergie. Il prendra l'initiative de prolonger le mécanisme actuel provisoirement pour un an. Le mécanisme sera abandonné au plus tard le 31er décembre 2017.’;

Que dans la mesure où l'article 20bis, § 7, alinéa 3, de la loi sur l'électricité dispose que :

‘Sur la base de ce rapport, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, prolonger d'une nouvelle période de trois ans, au besoin renouvelable selon une procédure identique, s'il constate que les conditions de transparence et de concurrence ne sont toujours pas remplies et que la protection du consommateur n'est ainsi toujours pas garantie. Sur la base du monitoring et du rapport annuel de la commission et de la Banque nationale visés à l'alinéa 1^{er}, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, à tout instant, décider de mettre fin au mécanisme du présent article en présence d'importants effets perturbateurs sur le marché.’, le Roi peut par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition du Ministre, aussi bien prolonger pour une période de trois ans, que supprimer le mécanisme du filet de sécurité ;

Considérant que la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations prévoient uniquement la possibilité, à ce stade, de prolonger le mécanisme du filet de sécurité pour une durée de trois ans ;

Que par souci de sécurité juridique, le mécanisme du filet de sécurité sera prolongé d'une nouvelle période trois ans, à savoir jusqu'au 31er décembre 2017 ;

Considérant que dans la mesure où les lois prévoient que ‘le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, à tout instant, décider de mettre fin au mécanisme du présent article en présence d'importants effets perturbateurs sur le marché.’, il pourra être décidé le cas échéant de mettre fin au mécanisme du filet de sécurité au terme d'une période d'un an comme convenu dans l'accord du Gouvernement ;

Que la prolongation de trois ans n'entre donc pas en contradiction avec l'accord du Gouvernement précité ;

Considérant, par ailleurs, que comme relevé par la Banque nationale et la CREG, les conditions de transparence et de concurrence ne sont toujours pas remplies et que la protection du consommateur n'est toujours pas garantie ;

Qu'il est dès lors nécessaire de prolonger pour une nouvelle période de trois ans, sous réserve de la nécessité d'interrompre celui-ci conformément à la loi, le mécanisme du filet de sécurité afin de garantir la protection des consommateurs résidentiels et des P.M.E. ;

Considérant enfin la nécessité d'éviter des perturbations sur le marché des contrats à prix variables d'énergie ;

Que la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité ainsi que la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par

canalisations prévoit que le mécanisme du filet de sécurité organisé respectivement par l'article 20bis et par l'article 15/10bis est applicable jusqu'au 31er décembre 2014, sauf renouvellement de ce dernier par le Roi ;

Qu'en raison d'un risque d'absence de continuité du mécanisme du filet de sécurité lequel prend fin le 31er décembre 2014 en cas d'absence de prolongation, le présent arrêté doit être adopté dans l'urgence et être publié avant la fin de l'année 2014 au Moniteur belge ».

*

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

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de prolonger le mécanisme que les articles 20bis de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi sur l'électricité) et 15/10bis de la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (ci-après : loi sur le gaz) ont instauré en vue d'éviter des augmentations injustifiées du prix de l'électricité et du gaz.

Le mécanisme prévu par les dispositions précitées est prolongé pour une période de trois ans jusqu'au 31 décembre 2017 (articles 1^{er} et 2). Toutefois, au plus tard trois mois avant le 31 décembre 2015, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) et la Banque nationale de Belgique doivent rédiger un rapport d'évaluation (article 3 du projet), sur la base duquel il peut être décidé de mettre fin anticipativement à la mesure.

FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. En principe, l'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans les articles 20bis, § 7, alinéa 3, de la loi sur l'électricité et 15/10bis, § 7, alinéa 3, de la loi sur le gaz.

4.2. Les dispositions précitées prévoient déjà elles-mêmes un rapport annuel à rédiger par la CREG et par la Banque nationale de Belgique en vue de mettre fin anticipativement au mécanisme de contrôle des prix. La fixation du moment où le rapport d'évaluation doit être rédigé pour 2015 (article 3 du projet) peut se fonder sur le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec l'article 20bis, § 7, de la loi sur l'électricité et avec l'article 15/10bis, § 7, de la loi sur le gaz : le Roi, chaque fois en application du deuxième alinéa des dispositions précitées, doit en effet être informé à temps pour pouvoir éventuellement mettre fin anticipativement au mécanisme.

OBSERVATION GÉNÉRALE

5.1. Le mécanisme visé dans le projet est un mécanisme particulier de contrôle des prix pour les prix de la fourniture de l'électricité et du gaz aux clients résidentiels finals et aux petites et moyennes entreprises et constitue ainsi une entrave à la libre circulation des biens. Dans l'avis 51.025/3, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit :

« 6. Le législateur justifie le mécanisme de contrôle des prix prévu à l'article 20bis de la loi sur l'électricité et à l'article 15/10bis de la loi sur le gaz en invoquant la possibilité que donnent les articles 3, paragraphe 2, parallèles, des directives 2009/72/CE¹ et 2009/73/CE² d'imposer des obligations de service public aux fournisseurs. Sur ce point, le Conseil d'État, section de législation, a déjà confronté le mécanisme existant aux critères que la Cour de Justice a développés à cet égard dans l'arrêt *Federutility*³. Dans son avis, le Conseil a émis les considérations suivantes :

‘56. L'article 20bis, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit un nouveau mécanisme visant à réduire la volatilité des prix de l'énergie pour la fourniture de l'électricité aux clients résidentiels et aux PME. À cet effet, la CREG vérifie si la formule d'indexation appliquée par le fournisseur l'a été correctement. En outre, toute autre hausse de prix doit être approuvée préalablement par la CREG après une notification motivée du fournisseur.

Cette disposition ne correspond à aucune règle de la directive à transposer. L'exposé des motifs justifie sa conformité au droit de l'Union par l'objectif consistant à protéger les clients résidentiels et les PME. L'exposé des motifs soutient qu'il peut se déduire de l'arrêt *Federutility* de la Cour de justice⁴ que le règlement en projet est proportionnel à cet objectif. Dans cet arrêt, la Cour de Justice a admis que dans certaines circonstances, le contrôle des prix de l'énergie pour les consommateurs peut être imposé comme une forme d'obligation de service public. Même si l'affaire concernée portait sur les prix du gaz, il peut néanmoins être admis que les éléments sur lesquels la Cour s'est fondée pour statuer, sont également applicables mutatis mutandis au cas examiné.

L'arrêt *Federutility* fait application de l'article 3, paragraphe 3, et de l'annexe A, g), de la directive 2003/55/CE⁵, qui habilite les États membres à imposer aux entreprises du secteur du gaz des 'obligations de service public' qui peuvent notamment porter sur le 'prix de la fourniture', afin que les clients 'raccordés au réseau de distribution du gaz [soient informés] de leurs droits en matière de fourniture de gaz naturel de qualité définie à des prix raisonnables conformément à la législation nationale applicable'. Un raisonnement similaire peut être suivi en l'occurrence conformément à l'article 3, paragraphe 3, de la

¹ Note 2 de l'avis 51.025/3 : Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE'.

² Note 3 de l'avis 51.025/3 : Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE'.

³ Note 4 de l'avis 51.025/3 : C.J., 20 avril 2010, affaire C-265/08 *Federutility*, Rec. 2010, I-3377.

⁴ Note 5 de l'avis 51.025/3 : Note 39 de l'avis cité : C.J., 20 avril 2010, *Federutility* et autres, C-265/08 (et non C-258-08, comme il est mentionné erronément dans l'exposé des motifs). On se référera également à C.J., 13 mars 2008, *Commission c. Belgique*, C-227/06.

⁵ Note 6 de l'avis 51.025/3 : Note 40 de l'avis cité : Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

directive 2009/72/CE (qui fait état du droit 'd'être approvisionnés [...] en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires') et au point 1, g), de l'annexe I de cette directive, qui prévoit que les clients qui ont accès à ce service universel, sont informés de leurs droits à cet égard.

Conformément à l'article 37, paragraphe 1, n), de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation veille, 'en collaboration avec d'autres autorités compétentes', à garantir l'effectivité et le respect des mesures de protection des consommateurs, énoncées à l'annexe I de cette directive. La réglementation en projet doit être examinée sur trois points. En premier lieu, il faut vérifier si elle est conforme aux conditions formulées par la Cour de justice dans l'arrêt *Federutility* concernant la compatibilité avec le droit de l'Union (voir l'observation 57). [...]

57. Dans l'arrêt *Federutility*, la Cour de justice a estimé que la réglementation italienne fixant les prix du gaz naturel pour les consommateurs à l'aide de prix de référence établis par le régulateur, était conforme au droit de l'Union à condition que le juge national constate que :

- la réglementation poursuit un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de fourniture du gaz naturel au consommateur final à un niveau raisonnable, eu égard à la conciliation qu'il appartient aux États membres d'opérer, en tenant compte de la situation du secteur du gaz naturel, entre l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire protection du consommateur final poursuivis par la directive 2003/55/CE;

- il n'est [...] porté atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel après le 1er juillet 2007 que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation d'un tel objectif d'intérêt économique général et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée dans le temps, et

- la réglementation est clairement définie, transparente, non discriminatoire, contrôlable, et garantit aux entreprises de gaz de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs.

57.1. En ce qui concerne la première condition, il peut être admis qu'un raisonnement similaire à celui énoncé pour les dispositions visées dans la directive 2003/55/CE peut être suivi pour les dispositions de la directive 2009/72/CE qui viennent d'être citées et qui concernent le service universel, et que la réglementation en projet poursuit notamment un intérêt économique général consistant à maintenir à un niveau raisonnable le prix de fourniture de l'électricité au consommateur final.

57.2. En ce qui concerne la deuxième condition, la Cour de justice a recouru, dans l'arrêt *Federutility*, à un certain nombre de critères pour apprécier le caractère proportionnel de la mesure⁶.

57.2.1. Premièrement, la mesure doit être limitée dans le temps. Même en cas de mesure temporaire, il doit exister des mécanismes par lesquels l'autorité 'est soumise par le droit national applicable à une obligation de réexamen périodique, à des périodes rapprochées, de la nécessité et des modalités de son intervention en fonction de l'évolution du secteur'⁷.

⁶ Note 7 de l'avis 51.025/3 : Note 41 de l'avis cité : C.J., 20 avril 2010, *Federutility* et autres, C-265/08, points 33-43.

⁷ Note 8 de l'avis 51.025/3 : Note 42 de l'avis cité : *Ibid.*, point 35.

Conformément à l'article 20bis, § 7, en projet, de la loi sur l'électricité, la réglementation en projet reste d'application jusqu'au 31 décembre 2014. Elle est évaluée chaque année par la CREG, qui fait part au ministre des éventuels effets perturbateurs sur le marché. Sur la base d'un rapport d'évaluation établi par la CREG et la Banque nationale de Belgique, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, prolonger la réglementation en projet d'une nouvelle période de trois ans s'il constate que 'les conditions de transparence et de concurrence ne sont toujours pas remplies et que la protection du consommateur n'est ainsi toujours pas garantie'.

Il peut s'en déduire qu'il n'y a pas de disposition explicite permettant de mettre fin à cette réglementation avant le 31 décembre 2014, s'il s'avérait déjà avant que les objectifs en matière de protection du consommateur étaient atteints. À cet égard, il n'est en tout cas pas satisfait à l'exigence, formulée par la Cour de justice, en vertu de laquelle il faut réexaminer la nécessité et les points détaillés du règlement 'périodiquement à des périodes rapprochées'. De même, le fait qu'après avoir été prolongée, la réglementation en projet peut en définitive rester encore applicable jusqu'au 31 décembre 2017, paraît problématique. Il est dès lors douteux que le règlement en projet satisfasse sur ce point à la condition énoncée dans l'arrêt *Federutility*.

57.2.2. Deuxièmement, 'la méthode d'intervention mise en œuvre ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général poursuivi'⁸. Sur ce point, l'exposé des motifs invoque un certain nombre de données économiques attestant de la grande volatilité du prix de l'électricité. La réglementation en projet tente de lutter contre cette volatilité, notamment en n'autorisant l'indexation du prix de l'énergie pour les clients résidentiels et les PME que quatre fois par an et en contrôlant l'application des mécanismes d'indexation par les fournisseurs (article 20bis, §§ 2 à 4, en projet). Le projet prévoit également un contrôle de toute hausse de prix autre que celle découlant d'une indexation ou d'une décision du pouvoir compétent, du régulateur ou du gestionnaire de réseau (article 20bis, § 5, en projet).

La limitation du nombre d'indexations à quatre par an paraît effectivement être proportionnelle au but poursuivi, étant donné qu'une telle mesure contribue à gommer les évolutions de courte durée par des variations de l'index. Le contrôle de l'application des mécanismes d'indexation vise surtout la transparence des prix de l'énergie, les fournisseurs déterminant en principe eux-mêmes quels paramètres ils utilisent pour cette indexation, et paraît pour cette raison satisfaire également à l'exigence de proportionnalité.

Par contre, les mesures en projet relatives au contrôle d'autres hausses de prix sont, en soi, étendues par rapport à la réglementation en projet relative à la limitation et au contrôle de l'application de l'indexation des prix. En outre, la question se pose de savoir si ce contrôle des prix vise par excellence à limiter l'incidence de la hausse du prix sur les marchés internationaux, comme tel était le cas pour la réglementation évoquée dans l'arrêt *Federutility*⁹. La mesure touche de manière considérable au mode de gestion des fournisseurs d'électricité, alors qu'un mode de gestion inefficace ou inadéquat doit en principe être compensé par un fonctionnement libre du marché plutôt qu'en soumettant les hausses de prix d'une manière générale à une approbation de l'autorité. En ce qui concerne cet aspect, le

⁸ Note 9 de l'avis 51.025/3 : Note 43 de l'avis cité : *Ibid.*, point 36.

⁹ Note 10 de l'avis 51.025/3 : Note 44 de l'avis cité : *Ibid.*, point 37.

Conseil d'État estime dès lors devoir mettre en doute la proportionnalité de la mesure en projet.

57.2.3. Enfin, selon la Cour de justice, il faut que la proportionnalité de la mesure soit justifiée à la lumière des bénéficiaires de celle-ci. Il faut notamment 'tenir compte, [...] d'une part, de ce que la situation des entreprises est différente de celle des consommateurs domestiques, les objectifs poursuivis et les intérêts en présence n'étant pas nécessairement les mêmes, et, d'autre part, des différences objectives entre les entreprises elles-mêmes, selon leur taille'¹⁰.

Étant donné que la directive 2009/72/CE opère également une différence en plusieurs endroits entre les clients résidentiels d'une part et les entreprises d'autre part, et entre les petites et moyennes entreprises entre elles, et que la règle énoncée à l'article 3, paragraphe 3, de la directive est en outre spécifiquement destinée aux clients résidentiels et, si les États membres le jugent approprié, aux petites entreprises, il peut être admis que la réglementation en projet, qui concerne les clients finals résidentiels et les PME, satisfait à l'exigence décrite.

57.3. La troisième condition mentionnée par la Cour de justice implique que les obligations de service public soient clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables, et qu'elles garantissent aux entreprises énergétiques de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs. Même si la fixation des prix de référence s'applique de la même manière à tous les fournisseurs, la réglementation en projet ne doit pas être discriminatoire, par le fait que la charge financière incomberait principalement à certains fournisseurs¹¹.

Le dispositif en projet paraît effectivement remplir cette condition, chaque fournisseur demeurant toujours libre d'élaborer son propre mécanisme d'indexation et le contrôle de la CREG se limitant à vérifier qu'aucune autre hausse de prix n'intervienne sous le couvert d'une indexation.

57.4. Force est de conclure de ce qui précède que la réglementation en projet ne se concilie que partiellement avec l'appréciation de la Cour de justice dans l'arrêt *Federutility*. Pour que la réglementation en projet puisse être justifiée au regard de cet arrêt, elle doit en tout cas être revue compte tenu de ce qui a été observé ci-dessus¹².

7. Le Conseil d'État constate que la réglementation qui fait finalement l'objet de la loi du 8 janvier 2012 répond dans une large mesure aux observations précitées.

Il reste à présent à vérifier si les modifications implicites de cette réglementation, qui résultent du régime transitoire à l'examen, satisfont également aux exigences de l'arrêt *Federutility*.

8. Tout d'abord, il semble que l'on puisse admettre que le projet poursuit toujours un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de la fourniture d'électricité et de gaz naturel au consommateur final à un niveau raisonnable, eu égard à la conciliation qu'il appartient aux États membres d'opérer, en tenant compte de la situation du secteur de l'électricité et du gaz naturel, entre l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire

¹⁰ Note 11 de l'avis 51.025/3 : Note 45 de l'avis cité : *Ibid.*, point 42.

¹¹ Note 12 de l'avis 51.025/3 : Note 46 de l'avis cité : *Ibid.*, points 44-46.

¹² Note 13 de l'avis 51.025/3 : Avis 49.570/3 du 31 mai 2011 sur un avant-projet de loi devenu la loi précitée du 8 janvier 2012 'portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', *Doc. parl.*, Chambre, 2011-12, n° 53-1725/1, (262), pp. 298-301, nos 56-57.4. Pour l'observation parallèle, par renvoi interne, concernant les dispositions correspondantes de la loi sur le gaz, voir p. 326, n° 111.

protection du consommateur final poursuivis par les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE.

En effet, les études de la CREG et de l'Observatoire des prix citées dans l'exposé des motifs paraissent accréditer la thèse qu'une action des autorités publiques serait possible et souhaitable afin de modérer la hausse des prix de l'énergie pour les consommateurs.

La première condition énoncée dans l'arrêt Federutility paraît dès lors être remplie.

9.1. On examinera ensuite si les mesures en projet ne portent atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel et de l'électricité que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation d'un tel objectif d'intérêt économique général et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée.

9.2. Contrairement au mécanisme de base prévu à l'article 20bis, §§ 2 à 4, de la loi sur l'électricité et à l'article 15/10bis, §§ 2 à 4, de la loi sur le gaz, qui prévoit uniquement un contrôle du respect, par le fournisseur, de la formule d'indexation qu'il utilise et qu'il est en outre entièrement libre de concevoir (mais qu'il ne peut certes appliquer qu'au maximum quatre fois par an), le régime en projet intervient de deux manières dans la formation des prix proprement dite.

Tout d'abord, les majorations de prix sur la base du paramètre d'indexation dépassant le niveau du 1^{er} avril 2012 sont interdites pour neuf mois. Cette mesure paraît raisonnablement proportionnelle au problème aigu de la hausse des prix de l'énergie et de ses effets sur l'inflation. Il est à noter par ailleurs qu'un seul aspect de la formation des prix est ainsi abordé. Les prix pourront toujours augmenter jusqu'au niveau des paramètres d'indexation applicables au 1^{er} avril 2012 et il sera toujours possible – certes avec l'accord de la CREG, dans le cadre du mécanisme instauré au paragraphe 5 des articles 20bis de la loi sur l'électricité et 15/10bis de la loi sur le gaz – de procéder à d'autres augmentations tarifaires.

Ensuite, l'article 108, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, permet au Roi de fixer une liste exhaustive des critères en vue de l'élaboration de formules d'indexation. Dès lors, les fournisseurs auront toujours la possibilité d'élaborer leurs propres formules d'indexation, mais dans des limites qui seront désormais fixées par l'autorité publique, ce qui permet d'exercer un certain contrôle sur les prix. Cette mesure peut également se justifier afin de garantir que l'indexation s'effectue désormais d'une manière transparente et correcte sur la base de paramètres économiques pertinents ne pouvant donner lieu à des hausses de prix injustifiées pour le consommateur.

9.3. La mesure est en outre limitée dans le temps. Le gel du mécanisme d'indexation ne peut excéder neuf mois. Par ailleurs, le Roi peut encore réduire cette période pour deux motifs¹³.

D'une part, en application de l'article 108, § 2, alinéa 4, en projet, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, encore mettre en vigueur le mécanisme visé aux paragraphes 2 à 4 de l'article 20bis de la loi sur l'électricité et de l'article 15/10bis de la loi sur le gaz avant le 1^{er} janvier 2013, 'lors de la survenance d'un cas de force majeure résultant d'une cause imprévisible, extérieure et irrésistible, ou lors de la manifestation d'un effet pervers indésirable résultant de la mesure d'interdiction d'indexation à la hausse', et ainsi lever le gel de l'indexation.

¹³ Note 14 de l'avis 51.025/3 : Le projet ne prévoit pas la possibilité de prolonger la période de gel de l'indexation.

D'autre part, en application de l'article 108, § 3, alinéa 2, en projet, le Roi peut également lever le gel de l'indexation une fois que l'arrêté royal fixant la liste exhaustive des critères d'élaboration des paramètres d'indexation aura été pris.

Ce dernier arrêté est néanmoins appelé à rester (en principe) en vigueur pendant une durée illimitée¹⁴. La ratio legis d'un arrêté de l'espèce, à savoir la constatation que, pour l'indexation de leurs prix, les fournisseurs d'énergie utilisent des 'paramètres d'indexation dont la Banque nationale de Belgique ne peut toutefois prouver qu'ils sont représentatifs des coûts réels des fournisseurs'¹⁵, ne devrait pas nécessairement disparaître rapidement. Il est dès lors compréhensible que les auteurs du projet entendent maintenir ce régime pendant une période plus longue. Vu les exigences européennes, il est toutefois recommandé de compléter l'article 108, § 3, en projet, par une disposition prévoyant une évaluation régulière des effets de cet arrêté, par analogie avec le monitoring instauré par les articles 20bis, § 7, de la loi sur l'électricité et 15/10bis, § 7, de la loi sur le gaz.

Compte tenu de ce qui précède, la deuxième condition imposée par l'arrêt Federutility paraît donc également remplie, sous réserve de l'observation concernant le caractère permanent de l'arrêté royal visé à l'article 108, § 3, alinéa 1^{er}, en projet.

10. Enfin, il faut que la réglementation soit clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable, et qu'elle garantisse aux entreprises d'électricité et de gaz de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs.

En ce qui concerne le gel de l'indexation au niveau du 1^{er} avril 2012, le régime en projet paraît contrôlable et formulé avec suffisamment de clarté¹⁶; il est en outre imposé de la même manière à l'ensemble des fournisseurs. En outre, la disposition de l'article 108, § 2, alinéa 3, en projet, permet d'éviter que certains fournisseurs ne contournent le régime en remplaçant les contrats existants par de nouveaux contrats.

En ce qui concerne la fixation d'une liste exhaustive de critères d'élaboration, par les fournisseurs, de leurs paramètres d'indexation, les dispositions en projet paraissent viser spécifiquement la garantie d'un régime transparent, non discriminatoire et contrôlable, également en matière d'indexation. Le fait que des fournisseurs étrangers devront également se soumettre à ce régime et qu'ils ne pourront donc pas recourir à d'éventuelles formules en vigueur dans leur propre pays, apparaît à cet égard comme une limitation non discriminatoire, qui trouve une justification suffisante dans l'objectif poursuivi de protection des consommateurs, et qui est proportionnelle à celui-ci.

La troisième condition énoncée dans l'arrêt Federutility paraît également remplie.

11. Dans ces circonstances, il est permis de conclure que, sous la réserve limitée formulée dans l'observation 9, le régime en projet répond aux exigences du droit de l'Union européenne »¹⁷.

¹⁴ Note 15 de l'avis 51.025/3 : Voir toutefois également les observations 12.1 à 12.5 ci-après concernant le respect, par les fournisseurs, de l'obligation d'appliquer uniquement les critères admis.

¹⁵ Note 16 de l'avis 51.025/3 : Exposé des motifs du projet à l'examen faisant référence à l'exposé des motifs du projet devenu la loi du 8 janvier 2012, cité, p. 14.

¹⁶ Note 17 de l'avis 51.025/3 : L'article 20bis, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité et l'article 15/10bis, § 1^{er}, de la loi sur le gaz, qui chargent la CREG de créer une banque de données contenant notamment les formules d'indexation et les paramètres utilisés, entrent toutefois en vigueur le 1^{er} avril 2012, si bien que le contrôle paraît certainement possible.

¹⁷ Avis n° 51.025/3 du 6 mars 2012 sur un avant-projet de loi 'modifiant l'article 108 de la loi du 8 janvier 2012 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', *Doc. parl.*, Chambre, 2011-12, n° 53-2195/001, pp. 19-24.

Pour répondre aux observations de l'avis cité relatives à l'exigence d'une évaluation périodique suffisante de la nécessité de maintenir le système de contrôle des prix, le projet qui avait fait l'objet de l'avis, avait encore été adapté de manière à ne permettre qu'une seule prolongation, certes pour une période de trois ans, mais avec des rapports de suivi annuels et avec la possibilité pour le Roi de mettre fin au mécanisme à tout moment par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres.

5.2. La jurisprudence plus récente de la Cour de Justice ¹⁸ n'est pas de nature à remettre en cause le point de vue adopté dans l'avis 51.025/3.

5.2.1. La décision de prolonger le mécanisme est fondée sur des études circonstanciées de la CREG et de la Banque nationale de Belgique, qui indiquent, d'une part, que le mécanisme contribue effectivement à maintenir les prix sous contrôle et qui permettent de déduire, d'autre part, que le mécanisme n'a pas entraîné d'effets négatifs sur le fonctionnement du marché, une concurrence effective accrue ayant même été observée sur les marchés de l'énergie. Les deux rapports recommandent dès lors de prolonger le mécanisme. Par conséquent, il semble que la première condition de l'arrêt *Federutility* soit toujours remplie.

5.2.2. Comme par le passé, l'application du mécanisme fera l'objet de rapports de suivi annuels de la CREG et de la Banque nationale de Belgique. En outre, l'article 3 du projet prévoit même spécifiquement qu'en 2015, le rapport devra être rédigé au plus tard trois mois avant le 31 décembre 2015, de manière à permettre au Roi d'évaluer s'il doit être mis fin anticipativement au système. Il est ainsi également satisfait à la deuxième condition de l'arrêt *Federutility*.

5.2.3. Enfin, aucun élément n'est susceptible de porter atteinte au caractère non discriminatoire ou transparent du mécanisme. Les rapports cités confirment au contraire que le dispositif est transparent et ne font pas état d'indices de perturbation du marché. Il est dès lors également satisfait à la troisième condition de l'arrêt *Federutility*.

5.3. Dès lors que le mécanisme de base doit être considéré comme compatible avec le droit de l'Union européenne, que les garanties pour les trois prochaines années sont les mêmes qu'auparavant et que le Conseil d'État, section de législation, n'a pas connaissance d'éléments qui contrediraient les conclusions des rapports de la CREG et de la Banque nationale de Belgique, il est permis – sous cette réserve – de conclure que le prolongement du mécanisme est également conforme au droit de l'Union européenne.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

6. Le préambule de l'arrêté en projet sera complété par un alinéa (qui devient le premier alinéa) visant l'article 108 de la Constitution (voir l'observation 4.2).

¹⁸ C.J., 21 décembre 2011, C-242/10, *Enel Produzione*. Voir également C.J., 23 octobre 2014, C-359/11 et C-400/11, *Schulz*.

Article 3

7. La structure du texte néerlandais de l'article 3 du projet n'étant pas correcte, il faudra y remédier.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT