

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.570/3
VAN 31 MEI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 22 april 2011 door de Minister van Energie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 juni 2011, van advies te dienen over een voorontwerp van wet “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 produkten en andere door middel van leidingen”, heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 23 mei 2011 en 31 mei 2011, het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna: elektriciteitswet) (artikelen 2 tot 58 van het ontwerp) en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hierna: gaswet) (artikelen 59 tot 109 van het ontwerp).

Met het ontwerp wordt de omzetting beoogd, voor wat betreft de aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, van 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, en van 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. Daarnaast worden ook maatregelen genomen met het oog op de toepassing van de volgende verordeningen: verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators, verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1228/2003, en verordening (EG) nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1775/2005. Al de genoemde richtlijnen en verordeningen behoren tot het zogenaamde “derde energiepakket”.

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

Het ontwerp bevat ook bepalingen ter omzetting van richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG.

Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, hebben de ontworpen maatregelen onder meer betrekking op de volgende thema's:

- de scheiding van de activiteiten van productie en levering van die van netbeheer;
- de samenstelling, de doelstellingen, de taken en de bevoegdheden van de energieregulator, zijnde de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, afgekort CREG;
- de bescherming van de consumenten van elektriciteit en aardgas, onder meer door de invoering van een systeem ter bescherming van de huishoudelijke afnemers en de KMO's tegen de volatiliteit van de elektriciteits- en gasprijzen;
- de bevordering van de energieproductie uit hernieuwbare energiebronnen of kwalitatieve warmtekrachtkoppeling;
- de gesloten industriële netten.

BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE OVERHEID

3. Uit artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen blijkt dat de bijzondere wetgever het energiebeleid heeft opgevat als een gedeeld exclusieve bevoegdheid van de federale overheid en de gewesten. In beginsel kunnen de bepalingen van het voorliggende ontwerp ingepast worden in de bevoegdheid van de federale overheid.

Met betrekking tot elektriciteit zijn de gewesten bevoegd inzake “de distributie en het plaatselijke vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt” (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980). *A contrario* volgt hieruit dat de federale overheid bevoegd gebleven is inzake de distributie en het plaatselijke vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning hoger is dan 70.000 volt. Het gaat hierbij om de transmissie via de hoogspanningsnetten en extra hoogspanningsnetten. Bovendien is aan de federale overheid de bevoegdheid voorbehouden inzake “de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven”, waaronder “het vervoer en de productie van energie” (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

Met betrekking tot gas zijn de gewesten bevoegd inzake “de openbare gasdistributie” (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980). De voornoemde bevoegdheid van de federale overheid inzake “het vervoer en de productie van energie” geldt echter ook voor gas. Op het onderscheid tussen “openbare gasdistributie” en “vervoer” wordt hierna verder ingegaan (zie opmerking 5).

Ten slotte is aan de federale overheid de bevoegdheid inzake de tarieven voorbehouden (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

4. Wat betreft de wijzigingen van de elektriciteitswet, verdienen de bepalingen in verband met de zogenaamde gesloten industriële netten (ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet - artikel 26 van het ontwerp) een bijzondere aandacht vanuit bevoegdheidsrechtelijk oogpunt.

In het recente advies 49.336/3 over een ontwerp van decreet waarbij de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG worden omgezet in het recht van het Vlaamse Gewest, heeft de Raad van State de bevoegdheidsverdeling in verband met gesloten distributienetten omschreven als volgt:

“Wat de distributie van elektriciteit door [distributienetwerken] betreft, brengt de Raad van State in herinnering dat de gewesten alleen bevoegd zijn voor die netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt. De federale overheid is daarentegen bevoegd voor netten waarvan de spanning hoger ligt dan 70.000 volt. Om de overheid te bepalen die bevoegd is om dienaangaande normerend op te treden, is dus de nominale spanning van het [betrokken] net bepalend. Zo zal bijvoorbeeld, zoals in de memorie van toelichting terecht wordt opgemerkt, voor een gesloten distributienet de spanning op het deel van dit net waarop de distributie aan de achterliggende afnemers plaatsvindt, bepalen welke overheid bevoegd is. Aldus opgevat, blijft de ontworpen regeling op dit punt binnen de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest.”²

Die analyse wordt licht genuanceerd in voetnoot 4 van dat advies:

“Bij de uitoefening van zijn bevoegdheid zal het Vlaamse Gewest vanzelfsprekend rekening moeten houden met de bevoegdheid van de federale overheid. Hoewel het Vlaamse Gewest bevoegd is voor gesloten distributienetwerken waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt, dient het er rekening mee te houden dat de federale overheid ook maatregelen kan nemen en verplichtingen kan opleggen aan deze gesloten netwerken indien en voor zover zij de werking van het transmissienet boven de 70.000 volt beïnvloeden.”

² Advies 49.336/3 van 22 maart 2011 over een ontwerp van decreet houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG, *Parl. St.*, Vl. Parl., 2010-2011, nr. 1147/1, (129), p. 134, nr. 3.1.

In beginsel zijn gesloten distributiesystemen - zoals de naam laat vermoeden - gericht op de “distributie” van elektriciteit, en gaat het dus om een activiteit die binnen de gewestelijke bevoegdheid valt, op grond van artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Zoals uit de memorie van toelichting blijkt, bestaan er echter ook gesloten netten met een spanning van meer dan 70.000 volt, die aangesloten zijn op het transmissienet. Zulke netten kunnen “gesloten distributienetten” zijn in de zin van artikel 28 van richtlijn 2009/72/EG, aangezien “distributie” volgens artikel 2, 5, van de richtlijn onder meer betrekking kan hebben op transport van elektriciteit langs hoogspanningsdistributiesystemen (maar niet langs extra hoogspanningssystemen). Vervoer van elektriciteit langs hoogspanningssystemen met een spanning van meer dan 70.000 volt behoort naar Belgisch recht tot de bevoegdheid van de federale overheid. Het is allicht om te vermijden dat de term “gesloten distributienet” geassocieerd zou worden met de bevoegdheid van de gewesten inzake “distributie” van elektriciteit (in de zin die dat woord heeft in het Belgisch recht), dat de stellers van het ontwerp niet de term “gesloten distributienet” gebruiken, maar wel de meer algemene term “gesloten industrieel net” (zie onder meer de definitie in het ontworpen artikel 2, 41°, van de elektriciteitswet - artikel 2 van het ontwerp).³ De regeling inzake de erkenning en het beheer van zulke gesloten industriële netten met een spanning van meer dan 70.000 volt behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid.⁴

Daarnaast is de federale overheid bevoegd met betrekking tot de tarieven voor alle gesloten industriële netten, ongeacht de spanning op het net, dus ook voor de gesloten distributienetten die voor het overige vallen onder de bevoegdheid van de gewesten.

Het ontworpen artikel 18*bis*, § 1, van de elektriciteitswet (artikel 26 van het ontwerp) bevat bepalingen in verband met het toekennen van de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net. Zowel in de overgangsbepaling vervat in het eerste lid als in de nieuwe regeling vervat in het tweede lid wordt als voorwaarde gesteld dat de netbeheerder eigenaar of gebruiker moet zijn van een “gesloten industrieel net dat uitsluitend is aangesloten op het transmissienet met een nominale spanning die hoger is dan 70 kilovolt”. Nu de federale

³ Richtlijn 2009/72/EG heeft het enkel over “gesloten distributiesystemen” (artikel 28). De richtlijn bepaalt echter niet dat enkel een gesloten systeem dat is aangesloten op een distributienet als een “gesloten distributiesysteem” kan worden beschouwd. Hieruit kan uiteraard niet worden afgeleid dat gesloten systemen enkel denkbaar zijn op het niveau van de distributie, niet op het niveau van de transmissie. De richtlijn dient ongetwijfeld zo te worden geïnterpreteerd dat ook voor gesloten systemen die zijn aangesloten op een transmissienet de bepalingen van artikel 28 kunnen gelden.

⁴ Op grond van die bevoegdheid kan de federale overheid onder meer de technische eisen van het net bepalen. Zij kan ook de ontheffingen regelen, in overeenstemming met de artikelen 26, lid 4, en 28, lid 2, a), van richtlijn 2009/72/EG.

overheid bevoegd is voor alle netten met een spanning van meer dan 70.000 volt, ongeacht of het net is aangesloten op het transmissienet of op een distributienet, kan het vereiste van de aansluiting op het transmissienet beter worden weggelaten.

De bepalingen van het ontworpen artikel 18*bis*, § 2, van de elektriciteitswet gelden op het eerste gezicht voor “de beheerders van gesloten industriële netten”, zonder nadere precisering (zie de inleidende zin van paragraaf 2). Uit de ontworpen paragraaf 2, d), 3°, en e), 2°, kan evenwel worden afgeleid dat de stellers van het ontwerp ervan uitgaan dat ook die paragraaf 2 enkel geldt voor gesloten industriële netten die zijn aangesloten op het transmissienet. De bepalingen van het ontworpen artikel 18*bis*, § 2, hebben betrekking op de erkenning en het beheer van zulke netten (ontworpen paragraaf 2, a) tot c) en e) tot h)), evenals op de door de netbeheerder toe te passen tariefbeginselen en tarieven (ontworpen paragraaf 2, d)). Zoals hiervóór al is uiteengezet, zouden de bepalingen die betrekking hebben op de erkenning en het beheer inderdaad moeten gelden voor gesloten industriële netten met een spanning van meer dan 70.000 volt, zonder dat het vereiste moet worden gesteld dat die netten zijn aangesloten op het transmissienet. De bepalingen die betrekking hebben op de tariefbeginselen en de tarieven kunnen daarentegen gelden voor alle gesloten industriële netten, ook voor die welke een spanning hebben van minder dan 70.000 volt of aangesloten zijn op een distributienet. Zoals hierna bij de bespreking van artikel 26 zal worden uiteengezet, is het zelfs logisch dat het ontworpen artikel 18*bis*, § 2, d), wordt aangevuld met een regeling voor de door de gewesten erkende gesloten distributienetten (opmerking 53.2). De ontworpen paragraaf 2 zou zo moeten worden herschreven dat de respectieve toepassingsgebieden duidelijk tot uiting komen.

5. Ook wat betreft de wijzigingen van de gaswet verdienen de bepalingen in verband met de gesloten industriële netten (ontworpen artikel 15/9*bis* van de gaswet - artikel 84 van het ontwerp) een bijzondere aandacht vanuit bevoegdheidsrechtelijk oogpunt.

Terwijl de bevoegdheid van de gewesten op het vlak van elektriciteitsdistributie beperkt is tot distributie van elektriciteit met een spanning tot 70.000 volt, wordt in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 geen grens bepaald met betrekking tot de openbare gasdistributie. Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat met de gasdistributie is bedoeld: “de werkzaamheid die tot doel heeft gas door middel van leidingen, te leveren aan verbruikers gevestigd op het grondgebied van een bepaalde gemeente of op het grondgebied van verschillende aan elkaar palende gemeenten die met het oog op de levering van gas onderling een overeenkomst hebben gesloten, met uitzondering van de gaslevering waarvoor de houders van een vergunning of van een toelating voor gasvervoer, krachtens deze wet (*sic*)

toelating hebben”.⁵ Die omschrijving lijkt te beantwoorden aan de definitie van “gasdistributie” in artikel 2, 5, van richtlijn 2009/73/EG: “transport van aardgas langs lokale of regionale pijpleidingnetten met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen”.

In artikel 1, 12°, van de gaswet is die definitie omgezet als volgt: “de werkzaamheid die erin bestaat gas via plaatselijke pijpleidingnetten te leveren aan afnemers gevestigd op het grondgebied van één of meer bepaalde gemeenten, de levering zelf niet inbegrepen”.

Op grond van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is de federale overheid bevoegd inzake “het vervoer” van gas. Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat hiermee in het bijzonder “het transportnet van [Distrigas]” werd beoogd.⁶ De stellers van het ontwerp nemen voor de definiëring van het begrip “vervoer” in de gaswet de definitie over die in richtlijn 2009/73/EG wordt gegeven aan het begrip “transmissie”: “vervoer van aardgas door een net dat vooral bestaat uit hogedrukpijpleidingen, anders dan een upstreampijpleidingnet en dan het gedeelte van hogedrukpijpleidingen dat in de eerste plaats voor lokale aardgasdistributie wordt gebruikt, met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen” (ontworpen artikel 1, 7°, van de gaswet - artikel 59 van het ontwerp; zie ook artikel 2, 3, van richtlijn 2009/73/EG). Zonder dat het nodig is om na te gaan of die definitie het begrip “vervoer” zoals dat in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt gebruikt, volledig uitput, kan worden aangenomen dat het in de aangehaalde definitie bedoelde vervoer daar in elk geval onder valt.

Gesloten industriële netten die aangesloten zijn op een distributienet vallen onder de bevoegdheid van de gewesten. Het transport van aardgas via zulke netten beantwoordt aan de definitie van “distributie”, in artikel 2, 5, van richtlijn 2009/73/EG, en aan die netten kan dus, op grond van artikel 28 van die richtlijn, door de gewesten ontheffing van bepaalde vereisten verleend worden. Gesloten industriële netten die aangesloten zijn op het vervoersnet vallen daarentegen onder de bevoegdheid van de federale overheid. Het transport van aardgas via dergelijke gesloten netten valt onder de definitie van “transmissie”, bedoeld in artikel 2, 3, van richtlijn 2009/73/EG, niet onder die van “distributie”, in artikel 2, 5, van de richtlijn. Dit heeft tot gevolg dat de federale overheid voor de gesloten industriële netten die onder haar bevoegdheid

⁵ Verklaring van de Vice-Eerste Minister en Minister van Institutionele Hervormingen (N) bij de behandeling van het ontwerp dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, verslag namens de Commissie, *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, p. 144. Met “deze wet” wordt kennelijk de gaswet van 12 april 1965 bedoeld.

⁶ Genoemde verklaring van de Vice-Eerste Minister en Minister van Institutionele Hervormingen (N), p. 145. Zie Grondwettelijk Hof, nr. 21/2005, 26 januari 2005, B.4.

vallen, zich niet kan beroepen op artikel 28 van de richtlijn om daaraan ontheffing van bepaalde vereisten te verlenen.

De federale overheid is wel bevoegd met betrekking tot de tarieven, ook voor de gesloten industriële netten die vallen onder de bevoegdheid van de gewesten.

Het ontworpen artikel 15/9bis van de gaswet moet dan ook grondig herwerkt worden. De paragrafen 1 en 2, a) tot c) en e) tot h), die betrekking hebben op het toekennen van de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net en op de erkenning en het beheer, blijven binnen de bevoegdheid van de federale overheid, doordat ze enkel van toepassing zijn op gesloten industriële netten die uitsluitend zijn aangesloten op het vervoersnet. De stellers van het ontwerp moeten evenwel nagaan in hoeverre die bepalingen verenigbaar zijn met de bepalingen van richtlijn 2002/73/EG in verband met de transmissie van aardgas. Zij kunnen zich, zoals gezegd, niet beroepen op artikel 28 van de richtlijn, in verband met gesloten “distributie”-systemen. Paragraaf 2, d), van het ontworpen artikel 15/9bis van de gaswet heeft betrekking op de tarieven. Die bepaling geldt volgens de tekst ook slechts voor gesloten industriële netten die zijn aangesloten op het vervoersnet. Naar analogie met hetgeen in verband met het ontworpen artikel 18bis, § 2, d), van de elektriciteitswet zal worden uiteengezet, zou het echter logisch zijn dat het ontworpen artikel 15/9bis, § 2, d), van de gaswet ook zou gelden voor de door de gewesten erkende gesloten distributienetten (zie opmerking 53.2 bij artikel 26 van het ontwerp, gelezen in samenhang met opmerking 109 bij artikel 84 van het ontwerp).

6. Ten slotte moet worden opgemerkt dat de federale overheid territoriaal bevoegd is voor de regeling van de windmolenparken in de Noordzee, ondanks de gewestelijke bevoegdheden inzake de nieuwe energiebronnen (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980). De gewesten zijn immers slechts bevoegd om de hun toegewezen aangelegenheden te regelen binnen hun territoriaal bevoegdheidsgebied, bepaald in artikel 3 van de Grondwet. Zij missen de bevoegdheid tot het vaststellen van regels in verband met gebiedsdelen die buiten hun territoriaal bevoegdheidsgebied zijn gelegen. Die regels moeten worden vastgelegd door de federale wetgever, die ter zake de residuaire bevoegdheid bezit.

Het behoort dan ook tot de bevoegdheid van de federale overheid om de definitie van het begrip “transmissienet” uit te breiden tot “de transmissie van elektriciteit uitgewisseld op het net dat gelegen is in de zeegebieden waarover België zijn jurisdictie [kan uitoefenen]” (ontworpen artikel 2, 7°, van de elektriciteitswet - artikel 2 van het ontwerp).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

I. Wijzigingen van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hoofdstuk II van het ontwerp)

Artikel 2

7. Een aantal van de in het ontworpen artikel 2 van de elektriciteitswet opgenomen definities voldoen niet volledig aan richtlijn 2009/72/EG of zijn gebaseerd op inmiddels achterhaalde terminologie. Het niet overnemen van de terminologie van de richtlijn druist op zich beschouwd niet in tegen die richtlijn, maar indien een bepaalde oude term wordt gehandhaafd⁷, moet in de definitie ervan dezelfde invulling worden gegeven als die welke door de richtlijn aan de nieuwe term wordt gegeven.

De stellers van het ontwerp moeten zich er tevens rekenschap van geven dat er naast de richtlijn ook een aantal Europese rechtsregels bestaan of tot stand zullen komen die enkel de terminologie van de richtlijn hanteren. In het belang van de transparantie en de begrijpelijkheid van de Europeesrechtelijke en internrechtelijke regelingen, samen beschouwd, kan de volledige overname van de terminologie van de richtlijn dan ook worden aanbevolen. Het gegeven dat in een aantal uitvoeringsbesluiten de oude terminologie wordt gehanteerd doet hieraan geen afbreuk, aangezien de meeste van die uitvoeringsbesluiten hoe dan ook zullen moeten worden opgeheven of gewijzigd naar aanleiding van de totstandkoming van de ontworpen regeling.

7.1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 2, 7° en 11°, van de elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van de term “interconnectie”. Dit is verwarrend, omdat de term “interconnector” die wordt gedefinieerd in de Nederlandse tekst van artikel 2, 13, van richtlijn 2009/72/EG in de Nederlandse tekst van de elektriciteitswet werd omgezet met de term “koppellijnen” (zie het huidige artikel 2, 7°*bis*, van de elektriciteitswet). Ofwel dient de term “interconnector” overal in de Nederlandse tekst van de elektriciteitswet te worden ingevoerd, ofwel wordt overal de term “koppellijn” gebruikt en dus ook in het ontworpen artikel 2, 7° en 11°.

7.2. De definitie van de term “distributie” in het huidige artikel 2, 10°, van de elektriciteitswet strookt niet met de definitie ervan in artikel 2, 5, van richtlijn 2009/72/EG. Dit moet worden aangepast.

⁷ Zoals bijvoorbeeld in de Nederlandse tekst “koppellijnen” (zie artikel 2, 7°*bis*, van de elektriciteitswet) in plaats van “interconnector” (zie artikel 2, 13, van richtlijn 2009/72/EG). Zie daarover ook opmerking 7.1.

7.3. De definitie van de term “afnemer” in het ontworpen artikel 2, 13°, van de elektriciteitswet stemt niet overeen met artikel 2, 7, van richtlijn 2009/72/EG. Het gegeven dat netbeheerders elektriciteit kunnen afnemen is geen reden om hen gelijk te stellen met afnemers, wars van de andersluidende definitie in de richtlijn. De stellers van het ontwerp dienen de laatstgenoemde definitie over te nemen.

De toegevoegde zin (“Elke eindafnemer is een in aanmerking komende afnemer”) is niet op zijn plaats in de ontworpen bepaling. Bovendien overlapt deze zin met hetgeen reeds bepaald wordt in het huidige artikel 16 van de elektriciteitswet.

7.4. De bestaande definitie van “leverancier” in het huidige artikel 2, 15°*bis*, van de elektriciteitswet en de nieuwe definitie van “levering” in het ontworpen artikel 2, 15°*quater*, van de elektriciteitswet sporen niet met elkaar. In de eerstgenoemde definitie wordt immers nog gewag gemaakt van de term “eindafnemer”, waardoor grootafnemers⁸ ten onrechte ervan worden uitgesloten.

7.5. In de definitie van “beschermde huishoudelijke afnemer” in het ontworpen artikel 2, 16°*quater*, van de elektriciteitswet wordt onder meer verwezen naar het ministerieel besluit van 30 maart 2007 houdende vaststelling van sociale maximumprijzen voor de levering van aardgas aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie. Nog afgezien van het gegeven dat ten onrechte wordt verwezen naar een regeling met betrekking tot de aardgassector, veeleer dan de elektriciteitssector, moet een verwijzing naar een norm van lagere rang in beginsel worden afgeraden.

7.6. De term “verwant bedrijf” (“entreprise liée”) in artikel 2, 22, van richtlijn 2009/72/EG lijkt overeen te stemmen met twee bestaande termen in de elektriciteitswet, namelijk “geassocieerde onderneming” (“entreprise associée”) (zie het huidige artikel 2, 19°) en “verbonden onderneming” (“entreprise liée”) (zie het huidige artikel 2, 20°). In de Franse tekst dienen de stellers van het ontwerp enkel de term “entreprise liée” te gebruiken. Aangezien in de Nederlandse tekst door het ontwerp geen overkoepelende term wordt ingevoerd, moeten die twee bestaande termen dan ook telkens samen worden gebruikt wanneer de richtlijnterm “verwant bedrijf” wordt bedoeld. Dit is echter niet steeds het geval, zoals bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, 7°, van de elektriciteitswet (artikel 9 van het ontwerp). De stellers van het ontwerp dienen dan ook te overwegen om alsnog de term “verwante onderneming” in te voeren, bijvoorbeeld door middel van een definitie die naar de twee bestaande termen verwijst.

⁸ Zie artikel 2, 8, van richtlijn 2009/72/EG. Overigens worden grootafnemers in de elektriciteitswet “tussenpersoon” genoemd (zie artikel 2, 15°, van de elektriciteitswet).

7.7. De verwijzingsdefinitie met betrekking tot richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG in het huidige artikel 2, 24°, van de elektriciteitswet mag worden opgeheven, aangezien die richtlijn is “ingetrokken” bij artikel 48 van richtlijn 2009/72/EG.

7.8. De definitie van de term “regulatoire periode” in het huidige artikel 2, 31°, van de elektriciteitswet wordt door het ontwerp ongemoeid gelaten⁹. Gelet op de mogelijkheden die de regulerende instantie overeenkomstig artikel 37, leden 1, 2, 6 en 10, van richtlijn 2009/72/EG moet hebben om de tariefmethodologie zo nodig te wijzigen, kunnen die tarieven evenwel niet langer bij voorbaat worden vastgelegd voor een periode van vier jaar. Op zich is het weliswaar met richtlijn 2009/72/EG verenigbaar om, met het oog op de rechtszekerheid, te voorzien in enige stabiliteit van de tariefmethodologie, maar het moet niettemin mogelijk zijn om die tussentijds aan de veranderende noden aan te passen.

De stellers van het ontwerp dienen bijgevolg deze definitie te herzien in het licht van deze gegevens. Daarbij moeten zij alleszins voorzien in de mogelijkheid voor de CREG om op te treden op eigen initiatief, en niet louter op vraag van een transmissienetbeheerder of andere belanghebbenden¹⁰.

7.9. Aangezien uitsluitend de regulerende instantie overeenkomstig artikel 37, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG bevoegd is voor het vaststellen van de tariefmethodologie voor transmissie en distributie, komt het niet langer aan de wetgever toe om inhoudelijke aspecten van de tariefmethodologie te regelen. De definities van de termen in het huidige artikel 2, 32°, 33° en 34°, van de elektriciteitswet dienen dan ook te worden opgeheven. Het komt aan de CREG toe om zo nodig de technische termen te definiëren die relevant zijn voor de vaststelling van de tariefmethodologie.

7.10. In het ontworpen artikel 2, 41°, van de elektriciteitswet wordt een definitie gegeven van het begrip “gesloten industrieel net”.

7.10.1. De definitie parafraseert op onnauwkeurige wijze de tekst van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2009/72/EG. Aan de definitie van de richtlijn is de bijzin “dat in de eerste plaats bestemd

⁹ Hierbij dient nog te worden aangestipt dat in de Nederlandse tekst van het ontwerp soms ten onrechte van “gereguleerde periode” gewag wordt gemaakt, veeleer dan van “regulatoire periode”.

¹⁰ Hiervoor zal wellicht ook in de Nederlandse tekst een aanpassing nodig zijn van de bepalingen in het ontwerp met betrekking tot de vaststelling van de tariefmethodologie en waarin gewag wordt gemaakt van de “regulatoire periode” of van de “gereguleerde periode”.

is om eindafnemers te bedienen die op deze site zijn gevestigd” toegevoegd. Die bijzin overlapt echter op een verwarrende wijze met voorwaarde b), die inhoudt dat “de elektriciteit in hoofdzaak aan de eigenaar of de beheerder van het gesloten industriële net of aan de daarmee verwante bedrijven wordt geleverd”. De bijzin wordt dus best weggelaten.

7.10.2. De definitie van de richtlijn wordt voorts aangevuld met een tweede lid waarbij het geheel van de aansluitingspunten van de netten voor tractie-energie die toebehoren aan de beheerder van de spoorweginfrastructuur wordt beschouwd als een “gesloten industrieel spoorwegnet”. Er kunnen misschien goede redenen zijn om een aparte regeling voor het tractienet uit te werken. De richtlijn bevat echter een definitie van wat onder een “gesloten distributiesysteem” moet worden verstaan, en enkel voor die systemen kunnen de lidstaten in een bijzondere regeling voorzien. Als het tractienet van de spoorwegen niet aan de definitie van de richtlijn beantwoordt, moet het onderworpen worden aan de gewone regels inzake de distributie van elektriciteit.

Daarenboven moet worden vastgesteld dat er ook vanuit bevoegdheidsrechtelijk oogpunt een probleem rijst, nu niet duidelijk is of de bovenleiding van de spoorwegen een spanning kennen van meer dan 70.000 volt.

Weliswaar kan worden aangenomen dat de federale overheid, op grond van haar bevoegdheid om het juridisch stelsel van de spoorwegen beheerd door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen te regelen (artikel 6, § 1, X, 2^o*bis*, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), een bijzondere regeling kan uitwerken voor het tractienet van de spoorwegen. Dat moet dan echter gebeuren door een inhoudelijke regeling, niet door de regeling inzake “gesloten industriële netten” via de invoering van een wettelijk vermoeden van toepassing te maken op het bedoelde tractienet.

7.11. In het ontworpen artikel 2, 42°, van de elektriciteitswet wordt het begrip “gesloten industrieel netbeheerder” gedefinieerd. In de tweede zin wordt bepaald dat de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een eindafnemer, die zich stroomafwaarts van zijn aansluitpunt op het transmissienet bevindt, zonder enige prestatie of financiële tegenprestatie laat “passeren”, geen gesloten industrieel netbeheerder is. In de memorie van toelichting wordt die uitzondering verklaard door te wijzen op het bestaan van zogenaamde “*wheeling agreements*”, waarbij een stroomafwaartse eindafnemer kosteloos gebruik kan maken van de installaties van een andere eindafnemer. Volgens de memorie van toelichting zou het onredelijk zijn om de laatstgenoemde eindafnemer “onder te brengen in het stelsel van gesloten industrieel netbeheerders”.

De uitleg lijkt aannemelijk, maar ook hier moet worden vastgesteld dat de bedoelde situatie niet lijkt te worden beoogd door richtlijn 2009/72/EG. Ofwel gaat het om een

systeem van transmissie van elektriciteit, in welk geval de betrokken eindafnemers onderworpen moeten worden aan het stelsel dat voor de transmissienetbeheerders wordt uitgewerkt.¹¹ Als het ter beschikking stellen van de installaties beschouwd kan worden als een gesloten distributiesysteem, in de zin van de richtlijn, kan de nationale overheid dat systeem aan een bijzondere regeling onderwerpen (maar zij is daartoe niet verplicht). Ofwel gaat het niet om een systeem van transmissie van elektriciteit, in welk geval er geen reden is om de betrokken eindafnemers uitdrukkelijk te onttrekken aan een regeling die op hen niet van toepassing is. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de stellers van het ontwerp ervan uitgaan dat de bedoelde eindafnemers geen distributienetbeheerders of gesloten industriële netbeheerders zijn. De tweede hypothese is dan ook van toepassing, en de tweede zin kan best uit het ontworpen artikel 1, 42°, van de elektriciteitswet worden weggelaten.

7.12. In het ontworpen artikel 2, 43°, van de elektriciteitswet wordt het begrip “gebruiker van een gesloten industrieel net” gedefinieerd als “een eindafnemer aangesloten op het transmissienet via een gesloten industrieel net”. De Raad van State vraagt zich af waarom bepaald wordt dat het moet gaan om een eindafnemer “aangesloten op het transmissienet”. Het gaat eenvoudig om een eindafnemer aangesloten op een gesloten industrieel net. Bovendien heeft het ontwerp, wat de tarieven betreft, ook betrekking op gesloten industriële netten die een spanning hebben van minder dan 70.000 volt (zie hiervóór, opmerking 4, in verband met de bevoegdheid van de federale overheid), zodat er des te minder reden is om het in de definitie enkel te hebben over het transmissienet.

7.13. De definitie van de term “KMO” in het ontworpen artikel 2, 49°, van de elektriciteitswet is ingegeven door de keuze van de stellers van het ontwerp om de waarborgen inzake universeledienstverlening die worden geregeld in artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/72/EG ook op “kleine ondernemingen” toe te passen. Daarbij dienen zij evenwel rekening te houden met de voorwaarden waaraan die “kleine ondernemingen” volgens de aangehaalde richtlijnbeplanning moet voldoen, met name minder dan 50 personen in dienst hebben en een jaaromzet of een financiële balans van ten hoogste 10 miljoen euro hebben. Het staat de lidstaten vrij om bijkomende voorwaarden te bepalen, zoals het geval is voor de ontworpen bepaling, maar de aangehaalde voorwaarden van de richtlijnbeplanning moeten in elk geval in de definitie worden ingewerkt. Aangezien de richtlijnbeplanning een uitzondering inhoudt op de vrije marktwerking, kan de ontworpen definitie er immers niet toe leiden dat ondernemingen die niet aan de voorwaarden van de richtlijnbeplanning voldoen, toch het gunstregime zouden genieten.

¹¹ Wat in het stelsel van het ontwerp zou betekenen dat die eindafnemers afzonderlijk als transmissienetbeheerder gecertificeerd zouden moeten worden of dat zij hun net aan de ene transmissienetbeheerder zouden moeten overdragen.

Voor wat betreft de reeds in de ontworpen bepaling vermelde voorwaarde met betrekking tot het maximale jaarverbruik inzake elektriciteit en gas, rijst de vraag of het jaarverbruik inzake *gas* een relevant criterium is voor de universeledienstverlening inzake de levering van *elektriciteit* aan kleine en middelgrote ondernemingen en *vice versa*. Zelfs indien voor de universeledienstverlening inzake de levering van elektriciteit, respectievelijk gas enkel de voorwaarde met betrekking tot het maximale jaarverbruik inzake elektriciteit, respectievelijk gas zou worden gehanteerd, rijst de vraag of de verschillende behandeling die daardoor wordt ingevoerd tussen kleine en middelgrote ondernemingen onderling, verantwoord kan worden louter op grond van het energieverbruik dat met het productieproces binnen een onderneming gepaard gaat. De stellers van het ontwerp dienen dan ook na te gaan of deze voorwaarde wel pertinent en evenredig is en of niet enkel de voorwaarden van de aangehaalde richtlijnbevestigingen moeten worden gehanteerd.

Artikel 4

8. In het ontworpen artikel 4, § 3, 4°, van de elektriciteitswet schrijve men “... in geval van de overdracht van productie-installaties of van een controlewijziging, een fusie of een splitsing van de eigenaars van de productie-installaties, die voorafgaat aan de datum van de inwerkingtreding van de wet van ... 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”. Zoals de bepaling thans is gesteld, wordt immers verwezen naar de datum van inwerkingtreding van de elektriciteitswet, wat niet strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

Artikel 5

9. In het aan de Raad van State voorgelegde ontwerp heeft artikel 5 geen inhoud.

Artikel 7

10. In het ontworpen artikel 5, § 5, van de elektriciteitswet, dat handelt over de aanbesteding van de bouw van productie-installaties met het oog op de bevoorradingszekerheid, wordt verwezen naar de “in het kader van de procedure van artikel 4 geraadpleegde instanties”. Artikel 4 handelt over de vergunningen voor productie-installaties op vraag van elektriciteitsproducenten. Het is evenwel niet duidelijk welke instanties, naast de CREG, met die verwijzing worden bedoeld. Dit moet worden verduidelijkt.

Artikel 8

11. Volgens het ontworpen artikel 7, § 1, 1°, van de elektriciteitswet geldt de verplichting in hoofde van de netbeheerder tot het aankopen van groenestroomcertificaten voor elektriciteit uit de windmolenparken in de zeegebieden waarover België jurisdictie uitoefent, enkel voor de elektriciteit die rechtstreeks in het “vervoersnet” (lees in de Nederlandse tekst: transmissienet) wordt geïnjecteerd.

Indien deze bepaling zo moet worden begrepen dat de verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten niet geldt voor elektriciteit die buiten het grondgebied van de gewesten wordt geproduceerd en in een gewestelijk distributienet wordt geïnjecteerd, veeleer dan in het (federale) transmissienet, ligt een ongelijke behandeling voor van de elektriciteitsproducenten die zich in die situatie bevinden, aangezien de federale overheid en niet de gewesten instaat voor het stimuleren van groenestroomproductie in de betrokken zeegebieden. Aangezien er op het eerste gezicht ook geen verantwoording voorhanden is voor deze ongelijke behandeling, dient de voorwaarde met betrekking tot de injectie in het transmissienet te worden uitgebreid tot de gewestelijke distributienetten.

Artikel 9

12. Met de aanpassingen die artikel 9 van het ontwerp aanbrengt in artikel 8 van de elektriciteitswet, wordt de omzetting beoogd van de artikelen 12 en 15 van richtlijn 2009/72/EG. Die richtlijnbeoordelingen hebben betrekking op de taken van de transmissiesysteembeheerders, alsook op het inschakelen van stroomproductie-eenheden, het bepalen van het gebruik van interconnectoren met andere systemen en het balanceren van het elektriciteitsnet.

12.1. Het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, 5°, b), van de elektriciteitswet bevat een element waarmee de CREG rekening moet houden bij het vaststellen van objectieve criteria voor het waarborgen van de coördinatie van het beroep op de productie-installaties en de bepaling van het aanwenden van interconnecties. Dit element komt evenwel niet voor in artikel 15, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG, waarvan het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, 5°, de omzetting beoogt. Aangezien de regulerende instantie de objectieve criteria zelf dient in te vullen en niet de wetgever, dient het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, 5°, b), te worden weggelaten.

12.2. Naar luid van het ontworpen artikel 8, § 2, eerste lid, van de elektriciteitswet kan de netbeheerder “overeenkomstig zijn maatschappelijk doel, [...] elke andere activiteit uitoefenen op of buiten het Belgisch grondgebied”. Aangezien in de ontworpen artikelen 9 tot 9ter (artikelen 10 tot 12 van het ontwerp) is gekozen voor een omzetting van artikel 9 van

richtlijn 2009/72/EG, dat voorziet in een ontvlechting van transmissiesystemen en transmissiesysteembeheerders volgens het zgn. *ownership unbundling*-beginsel, dienen de eigendom en het beheer van de functies van productie en van levering evenwel afgescheiden te worden van de eigendom en het beheer van de transmissiesystemen. Om die reden dient in het ontworpen artikel 8, § 2, eerste lid, op zijn minst een uitzondering te worden gemaakt voor wat betreft de functies van productie en van levering.

In dezelfde ontworpen bepaling kunnen het transmissienet en het (de) distributienet(ten) beter afzonderlijk worden vermeld, veeleer dan gewag te maken van een “gecombineerd transmissie- en distributienet”.

13. Volgens het huidige artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet is er voor België één enkele transmissienetbeheerder. Deze bepaling wordt door de stellers van het ontwerp gehandhaafd. Ook al sluit richtlijn 2009/72/EG de beperking tot één enkele beheerder voor het hele transmissienet van een lidstaat formeel niet uit, toch rijst de vraag of de openstelling van de elektriciteitsmarkt, zoals die onder meer door richtlijn 2009/72/EG wordt beoogd, niet inhoudt dat het beheer van de transmissienetten niet kan worden beperkt tot één enkel bedrijf. Bovendien kan het in de toekomst wenselijk blijken om bepaalde onderdelen van het transmissienet apart te laten beheren. De stellers van het ontwerp wordt dan ook aangeraden om hun keuze om slechts één transmissienetbeheerder toe te laten, te heroverwegen in het licht van deze gegevens.

Artikel 10

14. In het ontworpen artikel 9, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van trekkingsrechten, die inhouden dat de netbeheerder onder bepaalde voorwaarden en in laatste instantie een beroep kan doen op productieactiviteiten binnen de Belgische regelzone “binnen de grenzen van zijn vermogensbehoeften inzake ondersteunende diensten”. In dat geval laat de netbeheerder zich, in afwijking van het beginsel van de ontvlechting, in met productieactiviteiten. Tevens wordt bepaald dat de netbeheerder in dat geval onderworpen wordt aan de door de CREG vastgestelde nettarieven.

Het valt niet in te zien wat precies wordt bedoeld met de trekkingsrechten en waarom de netbeheerder die dergelijke productieactiviteiten ontplooit, onderworpen wordt aan de tarieven die hij op zijn net hanteert. Het is evenmin duidelijk of de productiecapaciteit voortkomt uit eigen installaties van de netbeheerder, dan wel of het de bedoeling is dat de netbeheerder een beroep doet op bepaalde productiecapaciteiten van bestaande elektriciteitsleveranciers.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

“Pour une gestion sûre et fiable du réseau électrique, il est nécessaire que le gestionnaire de réseau ait à disposition ce que l’on appelle des services auxiliaires. Ces dernières années, des difficultés sont apparues pour la contractualisation de ces services auprès des prestataires de ces services (essentiellement des producteurs). Les perspectives de mises à l’arrêt de différentes unités de production participant actuellement à ces services conjuguées aux besoins nouveaux en services auxiliaires pour assurer un accueil fiable de la production intermittente en développement, rendent la problématique d’autant plus critique. Le projet de loi vise à conférer au gestionnaire du réseau la possibilité d’investir dans des unités de production qui seraient à même de prêter, sous le contrôle de la CREG, de tels services, notamment pour compenser une éventuelle pénurie en la matière. Nous avons prévu que cela devait prendre la forme de droit de tirage. Nous concédons que cette forme n’a cependant pas été analysée de façon approfondie sous l’angle ‘technico-juridique’. Nous comptons notamment sur votre avis pour bénéficier d’un éclairage juridique sur ce point.”

Het beroep door de netbeheerder op een eigen productiecapaciteit die louter tot doel heeft een adequaat beheer van het transmissiesysteem mogelijk te maken, of nog, het beroep op productiecapaciteit bij elektriciteitsleveranciers met hetzelfde oogmerk roept geen juridische bezwaren op, zolang voor het overige de vereisten inzake ontvlechting van artikel 9 van richtlijn 2009/72/EG worden geëerbiedigd. In elk geval lijkt het begrip “trekkingsrecht” in de door de gemachtigde geschetste context niet op zijn plaats. Indien productiecapaciteit wordt bedoeld in eigendom van de netbeheerder, valt immers niet in te zien waarom gewag moet worden gemaakt van trekkingsrechten. Indien wordt bedoeld dat een beroep kan worden gedaan op productiecapaciteit van elektriciteitsproducenten, kan dat beter met zoveel woorden worden verduidelijkt. In beide gevallen ziet de Raad van State overigens niet in waarom de netbeheerder voor deze elektriciteitsproductie onderworpen dient te worden aan de eigen nettarieven, aangezien de netbeheerder die elektriciteit over zijn eigen net vervoert. De ontworpen regeling dient dan ook te worden verduidelijkt en geherformuleerd in het licht van het voorgaande.

15. Het vereiste in het ontworpen artikel 9, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet, dat de netbeheerder moet zijn opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap en dat moet zijn voldaan aan de voorwaarden bedoeld in artikel 524 van het Wetboek van vennootschappen, lijkt niet te stroken met de bepalingen van richtlijn 2009/72/EG, die geen specifieke rechtsvorm opleggen voor de transmissienetbeheerder.

16. De Raad van State ziet niet in hoe het ontworpen artikel 9, § 1, derde lid, van de elektriciteitswet, dat elke deelname van elektriciteits- en aardgasbedrijven in netbeheerders uitsluit, spoort met het ontworpen artikel 8, § 2, eerste en tweede lid, dat de netbeheerders wel toestaat om bepaalde andere activiteiten uit te oefenen (zie daarover ook opmerking 12.2).

17. In het ontworpen artikel 9, § 1, derde lid, van de elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van “[d]e elektriciteits- en/of aardgasbedrijven, zoals gedefinieerd door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen”. Mede gelet op de definities van deze bedrijven in het ontworpen artikel 2, 15^oter, van de elektriciteitswet en in het ontworpen artikel 1, 5^obis van de gaswet, houdt de eerstgenoemde ontworpen bepaling blijkbaar geen rekening met bedrijven die de betrokken elektriciteits- of aardgasbedrijven controleren en die zelf een deelname zouden hebben in netbeheerders. Deze lacune moet worden opgevuld.

18. In het ontworpen artikel 9, § 1, zesde lid, van de elektriciteitswet dient ook melding te worden gemaakt van leden van de in deze bepaling opgesomde organen die ondernemingen vertegenwoordigen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie of in de levering van aardgas (en niet alleen van elektriciteit, zoals nu het geval is).

19. Het ontworpen artikel 9, § 10bis¹², van de elektriciteitswet voorziet in twee vertegenwoordigers van de federale regering in de raad van bestuur van de netbeheerder. Deze vertegenwoordigers zetelen met raadgevende stem, maar kunnen een beroep instellen bij de federale minister bevoegd voor energie (hierna: de minister) tegen alle beslissingen van de raad van bestuur die zij strijdig achten met de richtsnoeren van het algemeen beleid van de regering met betrekking tot 's lands bevoorradingszekerheid inzake energie. Dat beroep heeft een opschortende werking en kan gevolgd worden door een vernietiging van de betrokken beslissing door de minister.

Deze regeling vertoont sterke gelijkenissen met het ontworpen artikel 8/3, § 1/3, van de gaswet (artikel 66 van het ontwerp), overeenkomstig hetwelk in de raad van bestuur en in het directiecomité van de netbeheerder twee regeringscommissarissen zetelen, waarvan de nadere regels en de volmachten bepaald zijn bij onder meer het koninklijk besluit van 16 juni 1994 tot invoering ten voordele van de Staat van een bijzonder aandeel in Distrigas. De regeling vervat in het genoemde koninklijk besluit werd destijds door het Hof van Justitie verenigbaar geacht met het vrij verkeer van kapitaal en met de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie oordeelde dat de uit de betrokken regeling voortvloeiende beperkingen het mogelijk maakten om, in geval van een werkelijke en ernstige bedreiging, een minimale bevoorrading met energie te waarborgen, en dat die beperkingen niet verder gingen dan daarvoor noodzakelijk was.¹³

¹² Aangezien er thans nog geen artikel 9, § 11, van de elektriciteitswet bestaat, zou deze ontworpen paragraaf beter als een paragraaf 11 worden toegevoegd aan artikel 9.

¹³ HvJ, 4 juni 2002, *Commissie t. België*, C-503/99, *Jur.* 2002, I-4809, punten 48-55.

Op het eerste gezicht lijkt de redenering die het Hof van Justitie ter zake heeft gevolgd voor wat betreft de netbeheerder in de gassector, ook toepasbaar op het ontworpen artikel 9, § 10bis, van de elektriciteitswet. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan evenwel ook worden afgeleid dat de aangehaalde doelstelling van “s lands bevoorradingszekerheid inzake energie” enkel kan worden aangevoerd indien een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging voorligt, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.¹⁴ Wat dat betreft lijken er belangrijke objectieve verschillen te bestaan tussen de aardgassector en de elektriciteitssector: aangezien in België geen aardgas wordt geproduceerd en aardgas bovendien kan worden opgeslagen, ligt het waarborgen van een minimale bevoorrading inzake aardgas veel meer voor de hand dan voor elektriciteit, waarvoor een voldoende binnenlandse productiecapaciteit bestaat en die bovendien niet in aanmerking komt voor opslag. De Raad van State meent dan ook ernstige twijfels te moeten uiten bij de vraag of de uitoefening van het schorsings- en vernietigingsrecht aan voldoende objectieve en controleerbare voorwaarden wordt verbonden om verenigbaar geacht te kunnen worden met het vrij verkeer van kapitaal en met de vrijheid van vestiging.¹⁵

Artikel 11

20. Overeenkomstig het ontworpen artikel 9bis, § 1, vierde lid, van de elektriciteitswet mogen de statuten van de dochterondernemingen van de netbeheerder en de aandeelhoudersovereenkomsten geen bijzondere rechten toekennen aan ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie en/of de levering van elektriciteit. Aangezien er overeenkomstig artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet slechts één transmissienetbeheerder is voor België¹⁶, dient die transmissienetbeheerder het hele transmissienet in eigendom te hebben, gelet op artikel 9, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG. In de mate dat de ontworpen regeling ervan uit lijkt te gaan dat ook door middel van dochterondernemingen kan voldaan worden aan het vereiste dat de enige transmissienetbeheerder eigenaar moet zijn van het volledige transmissienet, is ze strijdig met de aangehaalde richtlijnbevestiging. Indien daarentegen verscheidene transmissienetbeheerders zouden worden toegestaan, is het denkbaar dat een deel van het transmissienet, dat eigendom is van een dochteronderneming, door die dochteronderneming wordt beheerd, op voorwaarde dat die dochteronderneming afzonderlijk wordt gecertificeerd en aangewezen als transmissienetbeheerder en zich als een autonome transmissienetbeheerder gedraagt.

¹⁴ HvJ, 9 maart 2000, *Commissie t. België*, C-355/98, *Jur.* 2000, I-1221, punt 28; HvJ, 14 maart 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, *Jur.* 2000, I-1335, punt 17; HvJ, 17 juli 2008, *Commissie t. Spanje*, C-207/07, punt 47.

¹⁵ Zie bv. HvJ, 26 maart 2009, *Commissie t. Italië*, C-326/07, *Jur.* 2009, I-2291, punten 70-72.

¹⁶ Zie daarover evenwel opmerking 13.

De ontworpen bepaling en mogelijk ook artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet dienen dan ook grondig te worden herzien in het licht van de bovenstaande opmerkingen.

Artikel 13

21. In het ontworpen artikel 9^{quater} van de elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van de verkoop of de aankoop van elektriciteit door de transmissienetbeheerder aan of van een verbonden onderneming. Gelet op het in het ontwerp gekozen systeem van ontvlechting (*ownership unbundling*) van de transmissienetbeheerder, kan enkel een verkoop of een aankoop van elektriciteit voor netactiviteiten bedoeld zijn. Dit dient uitdrukkelijk te worden gespecificeerd. Ingevolge dit systeem van ontvlechting is ook niet duidelijk met welke ondernemingen de transmissienetbeheerder verbonden zou kunnen zijn, aangezien de transmissienetbeheerder ook onrechtstreeks geen activiteiten inzake de productie en de levering van elektriciteit mag behartigen.

Artikel 14

22. Artikel 10 van richtlijn 2009/72/EG voorziet in de verplichting tot certificering van de transmissiesysteembeheerders door de regulerende instanties. Vooraleer een bedrijf kan worden goedgekeurd en als transmissiesysteembeheerder kan worden aangewezen, dient het te worden gecertificeerd volgens de procedures beschreven in de aangehaalde richtlijn bepaling en in artikel 3 van verordening (EG) nr. 714/2009.

23. Naar luid van het huidige artikel 10, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet wordt de transmissienetbeheerder op “voorstel van één of meerdere neteigenaars” aangewezen door de minister na advies van de CREG en na overleg in de Ministerraad. De vermelding van “meerdere neteigenaars” spoort niet met de keuze van de stellers van het ontwerp voor één enkele transmissienetbeheerder voor heel België (zie het huidige artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet).¹⁷

¹⁷ Zie evenwel opmerking 13.

Aangezien de CREG de aldus aangewezen netbeheerder dient te certificeren overeenkomstig het ontworpen artikel 10, § 2^{ter}, van de elektriciteitswet valt daarenboven niet goed in te zien waarom zij een advies moet geven over de aanwijzing die op die certificering volgt.

In artikel 10, § 1, van de elektriciteitswet moet tevens worden geëxpliciteerd dat de aanvraag tot aanwijzing moet uitgaan van de (reeds gecertificeerde) kandidaat-netbeheerder, naar analogie van het ontworpen artikel 10, § 2^{ter}, eerste lid, a) (artikel 10 van het ontwerp) (voor wat betreft de certificering).

24. Het ontworpen artikel 10, § 1, vijfde lid, van de elektriciteitswet voorziet in een overgangsbepaling volgens dewelke de netbeheerder die definitief is aangewezen vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de ontworpen regeling, geacht wordt te zijn gecertificeerd. De CREG kan evenwel op ieder ogenblik ten aanzien van een dergelijke netbeheerder een certificeringsprocedure openen overeenkomstig het ontworpen artikel 10, § 2^{ter}, althans indien voldaan is aan de voorwaarden in de laatstgenoemde bepaling.

Een dergelijke automatische certificering voor reeds aangewezen netbeheerders zonder dat daarvoor de in de aangehaalde richtlijn- en verordeningbepalingen beschreven procedures dienen te worden gevolgd, houdt een miskennen in van deze bepalingen. De certificering strekt er immers onder meer toe om netbeheerders te weigeren die de verplichtingen inzake ontvlechting niet naleven.¹⁸ Aangezien voor thans reeds aangewezen netbeheerders niet vaststaat dat zij aan die nieuwe, door de aangehaalde richtlijn voor het eerst ingevoerde verplichtingen voldoen, is ook voor hen een voorafgaande certificering noodzakelijk. Het van rechtswege (bij wet) toekennen van een certificering houdt eveneens een miskennen in van de beoordelingsbevoegdheid van de regulerende instantie.

In de memorie van toelichting wordt dienaangaande verwezen naar een passage in de interpretatieve nota van de Europese Commissie, die luidt als volgt¹⁹:

“The regulatory authorities are under the obligation to open a certification procedure upon notification by a potential [Transmission System Operator], or upon a reasoned request from the Commission. Apart from that, regulatory authorities must

¹⁸ Zie overweging 24 van richtlijn 2009/72/EG.

¹⁹ Europese Commissie, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The unbundling regime, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf, p. 22.

monitor compliance of TSOs with the rules on unbundling on a continuous basis, and must open a new certification procedure on their own initiative where according to their knowledge a planned change in rights or influence over transmission system owners or TSOs may lead to an infringement of unbundling rules, or where they have reason to believe that such an infringement may have occurred.”

Uit deze passage kan allerm minst worden afgeleid dat voor reeds aangewezen netbeheerders geen certificatie vereist zou zijn. Er wordt enkel in verduidelijkt dat reeds gecertificeerde en aangewezen netbeheerders een nieuw onderzoek kunnen ondergaan, dat kan leiden tot een intrekking van de certificering, wanneer zij op een gegeven moment niet meer blijken te voldoen aan de vereisten inzake ontvlechting.

Deze opmerking klemmt des te meer nu het Hof van Justitie in een vergelijkbare zaak heeft geoordeeld dat België ten onrechte niet is overgegaan tot de definitieve aanwijzing van de systeembeheerders van (onder meer) transmissie-installaties.²⁰ De voorlopige aanwijzing voor een termijn van twintig jaar van de reeds vergunde ondernemingen volstond dienaangaande niet, nu dit neerkwam op een vertraging van de omzetting van de betrokken richtlijnbe paling.²¹ De Raad van State ziet niet in hoe in het licht van deze uitspraak een andere conclusie zou kunnen worden bereikt voor het onderhavige geval. De ontworpen overgangsregeling moet bijgevolg worden weggelaten, zodat ook de reeds aangewezen netbeheerders worden onderworpen aan de initiële verplichting tot certificering. Daarbij kan worden opgemerkt dat artikel 10, leden 5 en 6, van richtlijn 2009/72/EG ook voorziet in de mogelijkheid van een stilzwijgende beslissing met betrekking tot de certificering.

25. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 10, § 2^{ter}, zesde lid, van de elektriciteitswet moeten de woorden “uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing” vervangen worden door de woorden “uitdrukkelijke of stilzwijgende ontwerpbeslissing”.

26. In het ontworpen artikel 10, § 2^{quater}, van de elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van een aanvraag tot certificering door een eigenaar of beheerder van een transmissienet “waarop een of meer personen van een of meer derde landen toezicht uitoefenen”.

Er kan beter worden verduidelijkt dat met derde landen niet alleen lidstaten van de Europese Unie, maar ook die van de Europese Economische Ruimte worden bedoeld.

²⁰ Zoals vereist was door artikel 7 van 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.

²¹ HvJ, 3 december 2009, *Commissie t. België*, C-475/08, *Jur.* 2009, I-11.503, punten 27-33.

Bovendien kan in de Nederlandse tekst beter de term “zeggenschap” dan “toezicht” worden gebruikt, aangezien dit de term is die wordt gebruikt in de Nederlandse tekst van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2009/72/EG.²² Overigens dient de definitie van de term “zeggenschap” in artikel 2, 34, van richtlijn 2009/72/EG door het ontwerp te worden omgezet.

27. In het ontworpen artikel 10, § 2*quater*, vijfde en zevende lid, van de elektriciteitswet schrijve men “Europese Unie” in plaats van “Europese Gemeenschap”, en in het ontworpen artikel 10, § 2*quater*, vijfde lid, b), 2°, schrijve men “het Unierecht” in plaats van “de communautaire wetgeving”.

28. Bij het ontworpen artikel 10, § 2*quater*, achtste tot elfde lid, van de elektriciteitswet, wordt de omzetting beoogd van artikel 11, leden 6 en 7, van richtlijn 2009/72/EG. Aangezien die richtlijnbepalingen enkel gericht zijn tot de Europese Commissie en niet tot de lidstaten, kunnen ze niet worden omgezet. De ontworpen bepalingen moeten bijgevolg worden weggelaten uit het ontwerp.

Bestaande artikel 11 van de elektriciteitswet (niet gewijzigd)

29. Naar luid van het huidige artikel 11 van de elektriciteitswet worden in het door de Koning vast te stellen technisch reglement met betrekking tot het beheer van en de toegang tot het transmissienet een aantal aangelegenheden opgenomen die overeenkomstig artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG tot de exclusieve bevoegdheid van de regulerende instantie behoren. Die aspecten moeten in ieder geval worden uitgezonderd van de in het huidige artikel 11, tweede lid, opgesomde aangelegenheden. Indien dit laatste onmogelijk blijkt te zijn, moet de bevoegdheid om het technisch reglement vast te stellen, volledig worden toevertrouwd aan de CREG.

Vanzelfsprekend moet ook het geldende technisch reglement hieraan worden aangepast of moet het eventueel zelfs worden opgeheven.

²² Deze term is overigens afkomstig uit artikel 3, lid 3, van de concentratieverordening (verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen).

Artikelen 16 en 17

30. De ontworpen artikelen 12 en 12bis van de elektriciteitswet (artikelen 16 en 17 van het ontwerp) bevatten vrij gelijklopende regimes voor het vaststellen van de tariefmethodologie en het goedkeuren van de tarieven voor respectievelijk de transmissienetbeheerder en de distributienetbeheerders.

Die bepalingen moeten worden getoetst aan artikel 37, lid 6, a), van richtlijn 2009/72/EG. Volgens die laatste bepaling behoort de bevoegdheid tot het vaststellen of het goedkeuren van de tarieven, of ten minste van de tariefmethodologie, tot de bevoegdheid van de regulerende instanties. Die bevoegdheid kan dus niet aan andere organen worden toevertrouwd of het voorwerp uitmaken van verboden instructies aan de regulerende instantie.

In dit verband heeft de Europese Commissie verduidelijkt dat het juridische regime onder het derde energiepakket merkelijk anders is dan onder het oude regime²³:

“The [National Regulatory Agency]’s core duty as regards tariffs is stipulated in Article 37(1)(a) of the Electricity Directive and Article 41(1)(a) of the Gas Directive: *‘fixing or approving, in accordance with transparent criteria, transmission or distribution tariffs or their methodologies’*. The core task of the NRA relating to the approval of network tariffs is, as in the second Electricity and Gas Directives, further specified in specific provisions, in particular paragraphs 6, 7, 8 and 10.

Under Article 37(6)-(7) of the Electricity Directive and Article 41(6)-(7) of the Gas Directive, the NRA must be responsible for fixing or approving sufficiently in advance of their entry into force at least the methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.

It follows from the text of the Electricity and Gas Directives that this provision gives the NRA the duty of fixing or approving not only network tariffs or their methodologies, but also methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, the provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.

Under the second Electricity and Gas Directives, it was possible for the NRA to submit the tariff or the methodology for formal approval to the relevant body of the Member State and for the relevant body to approve or reject the draft NRA decision. This is contrary to the provisions of the new Electricity and Gas Directives, which

²³ In de memorie van toelichting wordt bij de bespreking van artikel 16 van het ontwerp verwezen naar de wetgeving van een aantal andere Europese staten. De aandacht moet erop gevestigd worden dat de omzetting van richtlijn 2009/72/EG in het nationale recht van die staten nog bezig is. Een uitzondering is Frankrijk, waar de omzetting inmiddels gerealiseerd is bij de “ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l’énergie” (JO, 10 mei 2011). Die ordonnantie lijkt overigens geen steun te bieden voor de werkwijze gevolgd voor het opstellen van het voorliggende ontwerp. Een vergelijking van het nieuwe artikel L. 341-3 van de Franse “Code de l’énergie” over de berekening van de tariefmethodologie met de artikelen 16 en 17 van het Belgische ontwerp toont immers aan dat de Belgische regeling veel gedetailleerder is dan de Franse, ook al zal die nog worden aangevuld met enkele bepalingen genomen op grond van het nieuwe artikel L. 341-5.

unequivocally establish that the NRA must be able to take decisions autonomously and that its decisions are directly binding.

As a result, it is now up to the NRA alone to fix or approve either the network tariff or the network tariff methodology. These new provisions give Member States four options as regards the way tariffs for network access and balancing services are established: the NRA fixes the tariffs, the NRA fixes the methodology, the NRA approves the tariffs or the NRA approves the methodology. Recital 36 of the Electricity Directive and recital 32 of the Gas Directive mention that the NRA will fix or approve the tariff or the methodology on the basis of a proposal by the TSO or distribution system operator(s) or liquefied natural gas (LNG) system operator(s), or on the basis of a proposal agreed between those operator(s) and the users of the network. This means that the NRA also has the power to reject and amend such proposal. If the NRA is given the power over the methodology (fixing or approving), it is up to the TSOs to calculate the tariffs (which have to be in line with the methodology approved by the NRA).

The core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue general policy guidelines which ultimately will have to be translated by the NRA into the tariff structure and methodology. However, these guidelines should not encroach on the NRA's competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA.”²⁴

Ook het Grondwettelijk Hof wijst op de versterking door richtlijn 2009/73/EG van de bevoegdheid ter zake van de regulerende instantie: voortaan moet de CREG exclusief bevoegd zijn om de tarieven of de tariefmethodologie vast te stellen.²⁵

De bepalingen van het ontwerp miskennen die exclusieve bevoegdheid van de regulerende instantie doordat ze de bevoegdheid van de CREG inkapselen in een te strak keurslijf (zie ook hierna, opmerking 64 bij artikel 36). Een aantal voorbeelden kunnen dit illustreren.

31. De ontworpen artikelen 12, § 2, en 12bis, § 2, voorzien in een “gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg” met de transmissienetbeheerder en de distributienetbeheerders.

²⁴ Europese Commissie, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, pp. 13-14.

²⁵ Grondwettelijk Hof, nr. 97/2011, 31 mei 2011, B.9.5.

Onder toepassing van de vroegere richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG heeft het Hof van Justitie België veroordeeld wegens het niet correct omzetten van de bepalingen in verband met de bevoegdheid van de CREG inzake het vaststellen van de tariefmethodologie, doordat de elektriciteitswet aan de Koning de bevoegdheid verleende om voor bepaalde installaties voor het vervoer van elektriciteit bijzondere regels vast te stellen met betrekking tot de bepaling van de afschrijvingen en de billijke winstmarge (HvJ, 29 oktober 2009, *Commissie t. België*, C-474/08, punten 24-31).

Door de gedetailleerde regeling van dit overleg wordt het optreden van de CREG teveel beperkt. De CREG moet de mogelijkheid hebben om de tariefmethodologie zorgvuldig vast te stellen. De ontworpen bepalingen lijken aan de transmissienetbeheerder en de distributienetbeheerders een zodanig grote inbreng in het besluitvormingsproces te verzekeren, dat de CREG niet meer de volledige controle over de besluitvorming heeft. Die vaststelling wordt nog versterkt door het feit dat aan de CREG allerlei termijnen en formele verplichtingen worden opgelegd.

Respect voor de onafhankelijkheid van de CREG impliceert dat de wetgever zich ervan onthoudt om te interfereren in de werkwijze van de CREG, en dat hij het zoveel mogelijk aan de CREG overlaat om, eventueel in overleg met de betrokken partijen, de procedure vast te stellen.

32. Volgens de ontworpen artikelen 12, § 3, en 12*bis*, § 3, deelt de CREG haar ontwerp van beslissing inzake de tariefmethodologie mee aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, die in parlementaire commissie moet nagaan of het ontwerp “[verenigbaar is] met de bepalingen van [de elektriciteitswet] en haar uitvoeringsbesluiten”.

Het spreekt vanzelf dat die betrokkenheid van de Kamer van volksvertegenwoordigers ertoe kan leiden dat de Kamer aan de CREG laat verstaan dat zij het niet eens is met de door CREG gekozen opties. De ontworpen regeling is dan ook strijdig met artikel 35, lid 5, a), van richtlijn 2009/72/EG, dat bepaalt dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten moet kunnen nemen, “onafhankelijk van enig politiek orgaan”.

33. Volgens het ontworpen artikel 12, § 4, tweede lid, blijft de tariefmethodologie van kracht gedurende de hele tariefperiode, en zijn eventuele wijzigingen slechts van toepassing vanaf de volgende tariefperiode.²⁶

Die bepaling strookt niet met artikel 37, lid 10, van richtlijn 2009/72/EG. Op grond van die laatste bepaling moet de regulerende instantie te allen tijde wijzigingen kunnen vaststellen, en desgevallend ook voorlopige regelingen kunnen treffen.²⁷

²⁶ Een overeenstemmende bepaling ontbreekt in het ontworpen artikel 12*bis*, § 4. In feite bevat dat artikel 12*bis* per vergissing tweemaal een paragraaf 4, met bijna dezelfde inhoud, die overeenstemt met het ontworpen artikel 12, § 4, eerste lid.

²⁷ Zie ook opmerking 7.8, hiervóór.

34. De ontworpen artikelen 12, § 5, en 12*bis*, § 5, bepalen dat de CREG de tariefmethodologie vaststelt met inachtneming van de in die bepalingen genoemde richtsnoeren. Het gaat om niet minder dan 24 respectievelijk 21 richtsnoeren. Uit de ontworpen artikelen 12, § 14, en 12*bis*, § 14, van de elektriciteitswet blijkt dat de richtsnoeren bedoeld zijn als bindende instructies voor de CREG, die voor de rechter kunnen worden afgedwongen.

De genoemde bepalingen moeten worden getoetst aan artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG, naar luid waarvan aan de regulerende instanties voor het verrichten van hun regulerings taken geen andere instructies mogen worden gegeven dan “algemene beleidsrichtsnoeren”, met dien verstande dat die richtsnoeren “geen verband [mogen] houden met de in artikel 37 genoemde regulerings taken”. Tot de in artikel 37 bedoelde regulerings taken behoort precies het vaststellen van de tariefmethodologie (artikel 37, lid 6, a)).

Het komt de Raad van State voor dat een aantal richtsnoeren meer bevatten dan algemene beleidsoriëntaties, en integendeel betrekking hebben op specifieke elementen van de tariefmethodologie. Dit lijkt bijvoorbeeld het geval te zijn met de richtsnoeren die verband houden met de kosten van de betrokken ondernemingen (ontworpen artikel 12, § 5, 5°, 11° en 12°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 5°, 10° en 11°), de gestrande kosten (ontworpen artikel 12, § 5, 14°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 13°), de saldi (ontworpen artikel 12, § 5, 15°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 14°) en de vergelijkende technieken (ontworpen artikel 12, § 5, 16°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 15°).

In bepaalde gevallen lijken de richtsnoeren geschreven ter bescherming van de zakelijke belangen van de aandeelhouders van de netbeheerder en niet met het oog op het bereiken van de doelstellingen voorgeschreven bij artikel 36 van richtlijn 2009/72/EG. Dat lijkt in het bijzonder het geval met de ontworpen artikelen 12, § 5, 9°, en 12*bis*, § 5, 9°, waarbij aan de aandeelhouders een rendementniveau “dat conform is met hetgeen de markt voor activiteiten van deze aard aanbiedt” moet worden gegarandeerd. In dit verband moet de aandacht erop gevestigd worden dat artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG de lidstaten opdraagt om ervoor te zorgen dat de tarieven het mogelijk maken voor de netbeheerders om de nodige investeringen te kunnen doen. Het waarborgen van een bepaald rendementniveau aan de aandeelhouders, ongeacht de winstmarge, gaat verder dan wat de richtlijn beoogt.

Bij de ontworpen artikelen 12, § 5, 11°, en 12*bis*, § 5, 10°, wordt bepaald dat nettokosten van de openbare dienstverplichtingen in rekening moeten worden gebracht. Het risico is niet denkbeeldig dat hierdoor overcompensatie wordt gegeven aan inefficiënte netbeheerders. Een dergelijke overcompensatie voor openbare dienstverplichtingen, indien betaald uit

staatsmiddelen, zou een verboden vorm van staatssteun uitmaken.²⁸ Door de kosten rechtstreeks aan de consumenten door te rekenen wordt de staatssteunregeling weliswaar omzeild²⁹, bij gebrek aan de inzet van overheidsfondsen, maar de verstoring van het marktevenwicht is er niet minder om. Een wettelijke regeling, zoals de ontworpen regeling, lijkt strijdig met richtlijn 2009/72/EG. Enerzijds maakt ze het de regulerende instantie onmogelijk om haar doelstellingen inzake mededinging, bedoeld in artikel 36, a), b) en g), van de richtlijn, na te streven. Anderzijds vormt de regeling een inbreuk op de bevoegdheid van de regulerende instantie om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen, bedoeld in artikel 37, lid 4, b), van de richtlijn³⁰. Bovendien vereist artikel 37, lid 8, van de richtlijn precies dat de methodologie de netbeheerders moet aanzetten tot efficiëntie, m.a.w. tot een effectieve reductie van kosten.³¹

35. Wat betreft de goedkeuring van de concrete tariefvoorstellen voorzien de ontworpen artikelen 12, § 8, en 12bis, § 8, in een gedetailleerde procedure. Ook deze procedure lijkt de CREG in een strak keurslijf te dwingen, waarvan te betwijfelen valt of ze wel op alle punten verantwoord kan worden (vergelijk, in verband met de procedure voor het vaststellen van de tariefmethodologie, opmerking 31).

Artikel 18

36. Het ontworpen artikel 12ter van de elektriciteitswet voorziet in een bijzondere motiverings- en openbaarheidsplicht met betrekking tot de tariefbeslissingen van de CREG.

²⁸ HvJ, 24 juli 2003, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, *Jur.* 2003, I-7747, punt 88. Zie recent HvJ, 2 september 2010, *Commissie t. Deutsche Post*, C-399/08 P, punt 43.

²⁹ HvJ, 13 maart 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, *Jur.* 2001, I-2029; HvJ, 15 juli 2004, *Pearle*, C-345/02, *Jur.* 2004, I-7139.

³⁰ In dat verband lijkt uit artikel 36, a), b) en g), en artikel 37, lid 4, b), van richtlijn 2009/72/EG te kunnen worden afgeleid dat de taak van de regulerende instantie verder gaat dan die van de mededingingsautoriteiten of van de Europese Commissie in het kader van de staatssteuncontrole. Waar de laatste twee overheden een rol hebben bij het bestraffen van inbreuken op de formele mededinging- en staatssteunregels, zoals neergelegd in de verdragen en de secundaire EU-wetgeving (en de nationale wet op de mededinging), heeft de regulerende instantie een bredere, preventieve taak, om de efficiëntie van de markten te garanderen, ook in die gevallen waarin er technisch geen sprake is van een inbreuk op de mededinging- of staatssteunregels, maar er niettemin wel een verstoring van de markt optreedt, in het bijzonder ten nadele van de consumenten.

³¹ Om die reden is ook het ontworpen artikel 12, § 5, 15°, van de elektriciteitswet problematisch, in zoverre daarin gewag wordt gemaakt van kostencategorieën die niet zijn onderworpen aan een “bevorderende regelgeving”.

Het derde lid van dat artikel bevat een regeling ter bescherming van “de commercieel gevoelige informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter [lees: persoonsgegevens]”. Bij de openbaarmaking van haar beslissingen moet de CREG, “met akkoord van de betrokken elektriciteitsbedrijven”, de vertrouwelijkheid van dit soort informatie vrijwaren.

Het voorzien in een regeling ter vrijwaring van het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens beantwoordt op zich aan artikel 37, lid 16, van richtlijn 2009/72/EG. De richtlijn vereist echter niet dat de regulerende instantie het akkoord moet verkrijgen van de betrokken elektriciteitsbedrijven. Door de openbaarmaking van de beslissingen van de CREG afhankelijk te maken van het akkoord van die bedrijven, wordt aan die bedrijven in feite een soort vetorecht gegeven. Dat strookt niet met de rol die de richtlijn aan de regulerende instantie toebedeelt.

Op de vraag hoe een eventueel conflict tussen de CREG en een bedrijf moet worden opgelost, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“L'accord entre la CREG et les entreprises d'électricité visées à l'article 12^{ter} de la loi électricité, tel que modifié par l'article 18 de l'avant-projet de loi (un article similaire est prévu au niveau de la loi gaz en la forme de l'article 15/5^{quater}, tel que modifié par l'article 77 de l'avant-projet de loi) vise l'équilibre entre la protection des informations privilégiées à caractère commercialement sensibles et/ou personnel, d'une part, et la publication, par le régulateur, des données nécessaires aux marchés de l'électricité et du gaz naturel, d'autre part.

Dans le passé, des abus ont pu être constatés des deux côtés. Certaines entreprises d'électricité et/ou de gaz naturel ont avancé que l'ensemble des informations les concernant ne pouvaient être publiées. La CREG a publié des informations qui n'auraient pas dû l'être compte tenu de leur caractère commercialement sensible et/ou personnel.

Il appartient au législateur de trancher et de déterminer le bon équilibre, l'arbitre suprême étant le juge judiciaire.

Ainsi, face à un refus abusif d'une entreprise d'électricité et/ou de gaz naturel dans l'exécution de l'article 12^{ter} de la loi électricité ou de l'article 15/5^{quater} de la loi gaz, tels que modifiés par l'avant-projet de loi, la CREG doit pouvoir imposer la publication des informations concernées, quitte à être soumise aux tribunaux compétents. Toute décision unilatérale de la CREG pourrait en effet, conformément à l'art. 29^{bis} de la loi électricité et à l'art. 15/20 de la loi gaz, faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Bruxelles.”

Het is inderdaad de rechter die het laatste woord zou moeten hebben. Het verdient aanbeveling om het ontworpen artikel 12^{ter} van de elektriciteitswet aan te vullen met een regeling die het mogelijk maakt dat de CREG, bij uitblijven van een akkoord met alle betrokken elektriciteitsbedrijven, op een bepaald ogenblik beslist welke onderdelen van de motivering zij openbaar zal maken, waarbij dan voorzien wordt in een wachttijd voor de uitvoering van die beslissing. Van die wachttijd kunnen de betrokken bedrijven gebruik maken om een beroep in te

stellen als bedoeld bij artikel 29bis van de elektriciteitswet. Als de opsomming van beslissingen in paragraaf 1 van dat laatste artikel behouden blijft (zie evenwel de suggestie vervat in opmerking 79 bij artikel 46 van het ontwerp), dienen 5° en 6° aangevuld te worden met een vermelding van de beslissingen over de openbaarmaking van de motieven van tariefbeslissingen.

Artikel 19

37. Overeenkomstig artikel 37, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG is de regulerende instantie bevoegd voor het vaststellen of het goedkeuren, volgens transparante criteria, van transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor. Om die reden wordt bij het ontworpen artikel 12quater, § 1, van de elektriciteitswet voorzien in de opheffing van de koninklijke besluiten van 8 juni 2007 en 2 september 2008³² die betrekking hebben op die tariefberekening. Het laatstgenoemde koninklijk besluit werd overigens bekrachtigd bij wet³³. Daarbij moet evenwel worden aangestipt dat de betrokken wetsbepaling door het Grondwettelijk Hof is vernietigd bij arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011, in zoverre dat de bekrachtiging betreft van de artikelen 9 tot 14 van het koninklijk besluit van 2 september 2008. De gedeeltelijke nietigverklaring van de bekrachtigingsbepaling heeft evenwel geen onmiddellijke gevolgen voor de juridische geldigheid van het bekrachtigde besluit, aangezien die bekrachtiging niet door een wetsbepaling was voorgeschreven³⁴. De conclusie hiervan is dat de twee koninklijke besluiten wel degelijk door de wetgever kunnen worden opgeheven.³⁵

³² Zie het koninklijk besluit van 8 juni 2007 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerder van het nationaal transmissienet, alsook het koninklijk besluit van 2 september 2008 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van distributienetten voor elektriciteit.

³³ Bij artikel 41 van de wet van 15 december 2009 houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens 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.

³⁴ De bekrachtiging van het koninklijk besluit van 2 september 2008 was ingegeven door een arrest van het Hof van Beroep te Brussel waarbij in een concreet geding tot de onwettigheid van het besluit was besloten (zie *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-2191/1, p. 8-10, alsook de opmerkingen hierover van de Raad van State in zijn advies over het ontwerp dat tot de vernietigde wetsbepaling heeft geleid, p. 19-21).

³⁵ Hier dient wel te worden opgemerkt dat de opheffing van de twee betrokken besluiten om wetgevingstechnische redenen beter kan gebeuren door een specifieke opheffingsbepaling, die aan het einde van het ontwerp moet worden opgenomen.

38.1. Het ontworpen artikel 12^{quater}, §§ 2 en volgende, van de elektriciteitswet voorziet in een overgangsregeling die onverenigbaar is met de aangehaalde richtlijnbeeping, aangezien deze regeling, die uitgaat van de wetgever en niet van de regulerende instantie, betrekking heeft op een periode na de uiterste omzettingsdatum van richtlijn 2009/72/EG, zijnde 3 maart 2011. In de memorie van toelichting wordt onder meer betoogd dat de handhaving van de definitief of voorlopig goedgekeurde tarieven overeenkomstig de twee betrokken koninklijke besluiten tot het einde van de regulatoire periode waarop ze betrekking hebben, nodig is om te waarborgen dat geen afbreuk wordt gedaan aan het rechtszekerheidsbeginsel.

De Raad van State ziet te dezen geen dwingende overwegingen van rechtszekerheid die een tijdelijke opschorting kunnen verantwoorden van de verplichtingen die uit de aangehaalde richtlijnbeeping voortvloeien.³⁶ Er moet bijgevolg worden afgezien van de ontworpen overgangsregeling.

Overigens wordt bij artikel 37, lid 10, van richtlijn 2009/72/EG aan de regulerende instantie de mogelijkheid geboden om de transmissie- en distributietarieven en de berekeningswijzen hiervan voorlopig vast te stellen of goed te keuren en een besluit te nemen over passende compensatiemaatregelen indien de definitieve transmissie- en distributietarieven of berekeningswijzen afwijken van deze voorlopige tarieven of berekeningswijzen. De stellers van het ontwerp kunnen overeenkomstig deze bepaling voorzien in de mogelijkheid voor de CREG om de bepalingen van de twee op te heffen koninklijke besluiten verder toe te passen, in afwachting van een nieuwe, door de CREG vast te stellen regeling. Het gegeven dat er door de opheffing van de twee aangehaalde koninklijke besluiten een juridisch vacuüm ontstaat, neemt immers niet weg dat het sinds het verstrijken van de uiterste omzettingsdatum van richtlijn 2009/72/EG aan de CREG is om dit vacuüm op te vullen en om zelf de nodige voorlopige maatregelen vast te stellen indien het vaststellen van de tarieven vertraging oploopt, hetzij door te beslissen om (bepaalde aspecten van) de oude tariefmethodologie te handhaven, hetzij door meteen te voorzien in een tijdelijke regeling of in een overgangsregeling, in afwachting van een definitieve door haar vast te stellen regeling.

38.2. De gemachtigde verklaarde dienaangaande het volgende:

“La Directive prévoit en effet que les autorités de régulation doivent être compétentes pour établir la méthodologie tarifaire à respecter par les gestionnaires de réseau. Ce point n’est pas contesté. Comme vous avez pu le lire, le projet de loi consacre intégralement cette extension de compétence. La CREG sera l’autorité qui déterminera la méthodologie tarifaire à respecter par les gestionnaires de réseau. Cependant, la Directive prévoit également, en son article 37.6, que ‘les autorités de régulation se chargent de fixer ou d’approuver, suffisamment à l’avance avant leur entrée en vigueur, au moins les

³⁶ HvJ, 8 september 2010, *Winner Wetten GmbH*, C-409/06, punt 67.

méthodes utilisées pour calculer ou établir : [...] les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution ou leur méthode. [...]'.

[...]

En effet, et tout d'abord, force est de constater que pour le gestionnaire du réseau de transport d'électricité, la période régulatoire en cours couvre la période du 1/01/2008 au 31/12/2011. Les tarifs appliqués actuellement étant le produit d'un mécanisme tarifaire qui s'étend sur toute la période régulatoire, il n'est pas indiqué de substituer à ce mécanisme ou à ces tarifs pour le restant de la dernière année de cette période régulatoire un autre mécanisme, voire d'autres tarifs. Le contraire risquerait notamment d'entraîner un effet rétroactif sur les tarifs établis pour la période régulatoire en cours. De ce fait et pour des raisons de sécurité juridique, l'arrêté royal tarifaire du 8 juin 2007 aurait de toute façon dû pouvoir rester en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2011 et des mesures transitoires se seraient de toute façon imposées.

En outre, il ressort de l'article 37.6 de la Directive que les Etats-membres disposent d'un pouvoir d'appréciation par rapport à la manière dont ils entendent transposer ces dispositions tarifaires : ils doivent effectuer un choix entre quatre options par rapport aux compétences du régulateur. Celui-ci doit pouvoir : fixer la méthode tarifaire, fixer les tarifs, approuver la méthode tarifaire ou approuver les tarifs. Il faut déduire de ce choix que l'article 37.6 de la Directive n'a pas d'effet direct. La transposition touche dès lors également à l'option retenue - qui revient à octroyer à la CREG la compétence d'adopter une méthodologie tarifaire. Or, en l'absence de transposition, la CREG ne dispose à l'heure actuelle pas encore de cette compétence et forcément ne l'a pas encore exercée non plus.

Ainsi, à ce jour, en l'absence de cette transposition et en l'absence d'effet direct de l'article 37.6, la loi électricité actuelle et l'arrêté royal tarifaire actuel sont toujours d'application, y compris en ce qu'ils prévoient que pour le 30 juin de la dernière année d'une période régulatoire, le GRT doit (=> 'à l'obligation de') soumettre à l'approbation de la CREG une nouvelle proposition tarifaire valable pour les 4 prochaines années.

Il faut en outre prendre en considération que le projet de loi n'aura pas accompli la suite de son parcours (réception de votre avis, réception de l'avis des Régions, repassage en conseil des Ministres pour la prise en compte de ces avis, débat en commission de la Chambre et vote, débat en plénière et vote, publication au Moniteur ...) avant le 30 juin 2011. Nous aurions pu demander les avis en invoquant l'extrême urgence mais cela nous a semblé incompatible avec l'importance du texte qui vous est soumis.

En conséquence, si la loi électricité et l'arrêté royal ne sont pas modifiés avant le 30 juin 2011, le GRT devra donc soumettre à l'approbation de la CREG pour le 30 juin 2011 au plus tard une proposition tarifaire 2012-2015 conformément à la loi actuelle et à son arrêté d'exécution. Ainsi, au moment de la publication de la loi, le GRT aura déjà établi une proposition tarifaire sur base de l'AR tarifaire actuel, comme le lui impose cet arrêté. En effet, nous ne pouvons décemment pas demander à cet opérateur de ne pas respecter la législation qui s'applique à lui.

Votre proposition alternative soulève également une difficulté pratique liée à la gestion de la ligne du temps. Même si nous mettons nos meilleurs efforts à faire suivre à cet avant-projet un parcours le plus rapide possible, nous sommes déjà certains qu'il ne pourra être voté avant le 30 juin mais nous ne sommes pas en mesure non plus de garantir que celui-ci pourra être voté suffisamment tôt avant la fin de l'année que pour permettre à la CREG d'établir à sa suite une méthodologie tarifaire provisoire complète et au

gestionnaire du réseau d'être en mesure d'établir une proposition tarifaire sur base de cette méthodologie tarifaire provisoire, de la soumettre à l'approbation de la CREG et de publier de nouveaux tarifs avant le 1^{er} janvier 2012.

De plus, votre proposition prévoit notamment que la CREG peut ('kan') imposer une méthodologie tarifaire provisoire, qui peut ('kan') avoir pour résultat de prolonger le régime actuel jusqu'à ce qu'elle ait adopté elle-même des règles nouvelles provisoires ou définitives. Ceci ne répond pas suffisamment à notre souci, en ce qu'il laisse trop d'incertitude par rapport à la voie suivie et pourrait en outre conduire à une succession de régimes provisoires. En effet, par exemple, quel régime s'applique si la CREG n'utilise pas la faculté que votre proposition entend lui conférer ? La disposition transitoire figurant dans le projet de loi donne également une possibilité à la CREG de raccourcir la durée de la période régulatoire établie en vertu de l'arrêté royal tarifaire. Cependant, et à la différence de votre proposition, si la CREG n'exerce pas, en toute autonomie, cette possibilité, elle fera implicitement le choix de faire perdurer transitoirement les règles prévues par l'arrêté royal tarifaire jusqu'à la fin de la période régulatoire. Cela constituerait son choix. Cette hypothèse ne constitue pas l'option que nous privilégions mais cela ne relève pas/plus de notre compétence.

Le régime futur est à ce point différent du régime actuel qu'il abroge, qu'un régime transitoire s'impose. Ce régime transitoire doit sauvegarder le plus possible la sécurité juridique tant pour la période tarifaire en cours que pour celle pour laquelle le gestionnaire de réseau a, sous le régime actuel, une obligation d'introduction de proposition tarifaire. Dans ces circonstances, et pour les raisons de sécurité juridique sus énoncées, la solution transitoire que nous préconisons est ainsi de donner à la CREG la possibilité de n'approuver que les tarifs de la première année (2012) résultant de la proposition tarifaire pluriannuelle (2012-2015) que ce GRT aura soumis à son approbation en vertu de l'arrêté royal tarifaire, comme le lui impose cet arrêté. Ainsi, les mois séparant la publication de la loi avec le 30 juin 2012 pourront être mis à profit pour établir la méthodologie à partir de laquelle le GRT devra établir une nouvelle proposition tarifaire pour la période débutant au 1/01/2013 et finissant à la date que la CREG déterminera. Nous estimons que tant la portée que la durée de ce régime transitoire est proportionné au but poursuivi.

Il n'est pas sans importance de se rappeler que l'arrêté royal tarifaire du GRT a été établi sur proposition de la CREG et que, contrairement aux autres arrêtés tarifaires, il n'a jamais fait l'objet d'aucune contestation tant de la CREG que du GRT. Rappelons également que la CREG détient d'ores et déjà le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable de chaque coût que le GRT entend faire couvrir par les tarifs.

[...] [N]ous avons envisagé un temps d'imposer la prolongation des tarifs actuellement appliqués par le gestionnaire du réseau pour couvrir l'année 2012 de telle manière à permettre à la CREG d'établir dans l'intervalle la méthodologie tarifaire à partir de laquelle une nouvelle proposition tarifaire devra être établie pour la période 2013- Cette solution a rapidement été abandonnée tant elle mettait directement à mal le pouvoir de détermination des tarifs par la CREG, d'une part, et, d'autre part, qu'elle générerait une inadéquation des tarifs 'gelés' avec l'évolution des coûts supportés par le GRT (or, les tarifs doivent refléter les coûts) et qu'elle exigeait, au vu des mécanismes prévus par cet arrêté, de prévoir dans la loi les enveloppes de coûts gérables et non gérables couverts par les dits tarifs.

Sur base de tous ces éléments, prolonger la validité de l'arrêté royal tarifaire du GRT pour une période régulatoire d'un an si la CREG en fait le choix nous a paru être la disposition transitoire la plus adaptée au contexte, et la plus à même de respecter le pouvoir du régulateur d'apprécier les coûts à mettre à charge des tarifs et les droits du gestionnaire de réseau à bénéficier d'un cadre clair connu de lui suffisamment à l'avance.

Comme son nom l'indique, il s'agit bien ici d'une disposition transitoire permettant de passer le plus sagement de la régulation organisée par les arrêtés royaux tarifaires établis sur proposition de la CREG à la régulation organisée par la CREG en toute autonomie.

Par parenthèse, pour les gestionnaires de réseau de distribution, la période régulatoire actuelle, sous l'égide de l'arrêté royal tarifaire distribution du 2 septembre 2008, porte du 1/01/2009 au 31/12/2012 inclus. Une nouvelle période régulatoire débutera donc à partir du 1^{er} janvier 2013. La procédure d'établissement de la méthodologie tarifaire que la CREG devra établir selon le dispositif du projet de loi soumis à votre avis, a été construite de sorte que cette méthodologie puisse être connue des gestionnaires de réseau de distribution quelques semaines/mois avant le 30 juin 2012 de telle manière à leur permettre d'établir une nouvelle proposition tarifaire conformément à la méthodologie établie par la CREG pour la période débutant au 1^{er} janvier 2013. Ainsi, la disposition transitoire s'appliquant au GRD engendre aussi une prolongation de la validité de l'AR tarifaire GRD jusqu'au 31/12/2012."

38.3. Met deze zienswijze kan niet worden ingestemd. Het gegeven dat richtlijn 2009/72/EG nog niet is omgezet en dat de twee aangehaalde koninklijke besluiten thans nog steeds van toepassing zijn, verantwoordt nog niet dat door de ontworpen omzetting van de richtlijn de regels inzake de transmissie- of distributietarieven en de berekeningsmethodes ervan bij wet worden vastgelegd, in weerwil van het bepaalde in artikel 37, lid 1, a), van de richtlijn. Nog afgezien van de vraag of artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG de draagwijdte heeft die de gemachtigde eraan lijkt toe te kennen, valt niet in te zien hoe omwille van het door de gemachtigde geschetste probleem met betrekking tot de behandeling van de tariefvoorstellen voor de regulatoire periode 2012-2015 zou kunnen worden afgeweken van de uitsluitende bevoegdheid van de CREG om de regels inzake de transmissie- of distributietarieven en de berekeningsmethodes ervan vast te leggen. Zoals zo-even werd opgemerkt, kan de CREG overigens formeel beslissen de bestaande regels voorlopig te handhaven, hetgeen een even adequate oplossing biedt als de ontworpen regeling, maar dan wel met inachtneming van het bepaalde in artikel 37, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG. Voorts is de CREG evenzeer gebonden aan de bepalingen van richtlijn 2009/72/EG en aan de omzetting ervan bij de ontworpen regeling, zodat bezwaarlijk rekening kan worden gehouden met de door de gemachtigde geschetste hypothese dat de CREG zou nalaten tijdig op te treden.

De conclusie is dat in de plaats van de regel vervat in het ontworpen artikel 12^{quater}, §§ 2 en volgende, van de elektriciteitswet uitdrukkelijk dient te worden voorzien in de mogelijkheid voor de CREG om de nodige voorlopige maatregelen vast te stellen, hetzij door te beslissen om (bepaalde aspecten van) de oude tariefmethodologie te handhaven, hetzij door meteen te voorzien in een tijdelijke regeling of in een overgangsregeling, in afwachting van een definitieve door haar vast te stellen regeling.

Artikel 20

39. Overeenkomstig het ontworpen artikel 12^{quinqüies}, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet moeten de door de leveranciers voorgestelde prijzen van de ondersteunende diensten op het transmissienet “voldoende aantrekkelijk [zijn] om op korte en op lange termijn hun levering aan de netbeheerder te waarborgen”. Dit vereiste komt als dusdanig niet voor in richtlijn 2009/72/EG en is bovendien onduidelijk. De stellers van het ontwerp dienen dit vereiste hetzij weg te laten, hetzij het te preciseren conform de toepasselijke richtlijnbeoordelingen.

Artikel 22

40. Volgens het ontworpen artikel 13, § 3, van de elektriciteitswet kan de CREG, indien de investeringen van de transmissienetbeheerder in het kader van het ontwikkelingsplan niet volstaan, door de minister gevraagd worden om hem en de Kamer van volksvertegenwoordigers een advies te geven over de noodzaak “om al dan niet de in toepassing van artikel 12 van deze wet vastgestelde tariefmethodologieën [...] te herzien”.

Aangezien het net de CREG is die de methodologie vaststelt, heeft het weinig zin om haar een advies te laten uitbrengen over de bedoelde aangelegenheid. Als het de bedoeling zou zijn om, via een advies van de CREG, in feite een standpunt van de regering of het parlement uit te lokken over een door de minister gewenste wijziging van de methodologie, zou de ontworpen regeling bovendien strijdig zijn met de onafhankelijkheidsvereisten vervat in artikel 35, lid 4, b), ii), en lid 5, a), van richtlijn 2009/72/EG.

Artikel 23

41. Het ontworpen artikel 15, § 1, tweede lid, van de elektriciteitswet bepaalt de gronden voor de transmissienetbeheerder voor het weigeren aan derden van de toegang tot het transmissienet. Bij deze bepaling wordt artikel 32, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG omgezet (in de mate dat de nodige capaciteit op het transmissienet niet voorhanden zou zijn), alsook artikel 3, lid 14 (in de mate dat de toegang tot het transmissienet de behoorlijke uitvoering van een openbaardienstverplichting zou verhinderen). De laatstgenoemde richtlijnbeoordeling wordt evenwel niet volledig omgezet, met name voor wat betreft de tweede erin vermelde voorwaarde dat de “ontwikkeling van de handel niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met de belangen van de Gemeenschap [lees: de Unie]”, waaronder de “mededinging met betrekking tot de in aanmerking komende afnemers overeenkomstig deze richtlijn en artikel 86 van het Verdrag

[betreffende de Europese Unie] [lees: artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie]”. De ontworpen bepaling dient in die zin te worden aangevuld.

Voor wat betreft de door artikel 32, lid 2, van dezelfde richtlijn vereiste geschillenbeslechtsprocedure wordt verwezen naar opmerking 78 bij artikel 45 van het ontwerp.

Artikel 25

42. In het ontworpen artikel 18, § 1, eerste lid, 1°, van de elektriciteitswet schrijven men in de Nederlandse tekst “directe lijnen” in plaats van “rechtstreekse lijnen”, gelet op de in het ontworpen artikel 2, 17°, gedefinieerde term.

43. Overeenkomstig het ontworpen artikel 18, § 1, eerste lid, 2°, van de elektriciteitswet kan de Koning op advies van de CREG de gedragsregels “inzake transactie [lees: handel] en balanceringsregels” vaststellen die van toepassing zijn op de tussenpersonen en leveranciers. Voor wat betreft de balanceringsregels miskent deze ontworpen bepaling artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG, dat bepaalt dat de regulerende instantie bevoegd is voor de vaststelling of de voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake (onder meer) de verstrekking van balanceringsdiensten.

44. In het ontworpen artikel 18, § 1, derde lid, van de elektriciteitswet moet ook verwezen worden naar de lidstaten van de Europese Economische Ruimte.

45. Met de in het ontworpen artikel 18, § 1, vierde lid, 2°, a), van de elektriciteitswet toegevoegde woorden “op een bevattelijke en voor het transmissienet duidelijk vergelijkbare wijze” wordt de omzetting beoogd van artikel 3, lid 9, a), van richtlijn 2009/72/EG. Voor wat betreft de Nederlandse tekst is dit een onjuiste weergave van de richtlijnbeepaling die de begripelijkheid ervan in de weg staat. Dit moet worden verholpen.

46. Het ontworpen artikel 18, § 2, van de elektriciteitswet is toepasselijk op eindafnemers die op het transmissienet zijn aangesloten. Het valt niet in te zien waarom deze

regeling niet evenzeer toepasselijk dient te zijn op eindafnemers die op directe lijnen zijn aangesloten.

47. Het ontworpen artikel 18, § 3, van de elektriciteitswet houdt verplichtingen in op het gebied van rationeel energiegebruik ten aanzien van de leveranciers en de tussenpersonen die gebruik maken van het transmissienet. Maatregelen inzake rationeel energieverbruik zijn evenwel een gewestelijke bevoegdheid, gelet op artikel 6, § 1, VII, eerste lid, h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Bovendien komen deze verplichtingen inzake rationeel energieverbruik ten goede aan de eindafnemers van de distributienetten, die ook onder de bevoegdheid van de gewesten vallen. De ontworpen bepaling moet dan ook worden weggelaten.

48. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 18, § 4, vierde lid, van de elektriciteitswet schrijve men “tussenpersonen” in plaats van “grootafnemers”.

49. In het ontworpen artikel 18, § 4, vierde lid, van de elektriciteitswet wordt bepaald dat de Europese Commissie richtsnoeren kan vaststellen overeenkomstig artikel 40, lid 4, van richtlijn 2009/72/EG. Veeleer dan verplichtingen op te leggen aan instellingen van de Europese Unie, dient bepaald te worden dat rekening moet worden gehouden met de richtsnoeren die de Europese Commissie overeenkomstig de aangehaalde richtlijn bepaling zal vaststellen.

Artikel 26

50. Het ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet bevat een regeling in verband met de gesloten industriële netten.

Er wordt herinnerd aan hetgeen hiervóór in verband met de bevoegdheid van de federale overheid is opgemerkt: die overheid is bevoegd voor de erkenning en het beheer van gesloten netten met een spanning van meer dan 70.000 volt, ongeacht of die op het transmissienet dan wel op een distributienet zijn aangesloten, en die overheid is ook bevoegd inzake de tarieven voor alle gesloten netten, ongeacht of de spanning ervan meer dan wel minder dan 70.000 volt bedraagt (zie opmerking 4).

51. Het ontworpen artikel 18bis, § 1, eerste lid, bevat een overgangsregeling voor de beheerders van een bestaand gesloten industrieel net. Als zij kunnen aantonen dat het net uitsluitend is aangesloten op het transmissienet met een nominale spanning die hoger is dan 70.000 volt, kunnen zij het net binnen zes maanden na de inwerkingtreding van de aan te nemen wet aanmelden, waarna zij van rechtswege de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net verwerven. Hiervóór is al opgemerkt dat die bepaling niet beperkt zou moeten worden tot netten die zijn aangesloten op het transmissienet (zie opmerking 4). Indien de stellers van het ontwerp ingaan op de suggestie om dat vereiste weg te laten, moeten zij ook de regeling aanpassen volgens welke de betrokken netbeheerder binnen zes maanden na de aanmelding het bewijs moet leveren van de technische conformiteit van het gesloten industrieel net “met het transmissienet”.

Het ontwerp regelt niet wat het gevolg is van het niet bewijzen van de conformiteit binnen de termijn. Er zou voorzien moeten worden in een regeling waarbij de beheerder van een bestaand en aangemeld gesloten industrieel net de hoedanigheid van “beheerder van een gesloten industrieel net” verliest als hij niet heeft voldaan aan de vereisten die in het kader van de overgangsregeling worden opgelegd. Eventueel kunnen bijkomende overgangsmaatregelen vastgesteld worden voor het gesloten industrieel net waarvoor er geen beheerder meer is met de hoedanigheid van “beheerder van een gesloten industrieel net”.³⁷

52. Voor nieuwe netten wordt in het ontworpen artikel 18bis, § 1, tweede lid, in een aanvraagprocedure voorzien, waarbij de CREG en de transmissienetbeheerder advies moeten uitbrengen en de minister uiteindelijk de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net toekent. Het feit dat het de minister is die aanwijst lijkt niet onverenigbaar met de prerogatieven van de CREG volgens de richtlijn, aangezien artikel 28, lid 1, van richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat “nationale regulerende instanties of andere bevoegde organen” een systeem als gesloten distributiesysteem kunnen aanmerken.

53. Het ontworpen artikel 18bis, § 2, d), heeft betrekking op de tariefbeginselen en de tarieven.

53.1. Uit de betrokken bepalingen kan worden afgeleid dat de beheerder van een gesloten industrieel net de tariefbeginselen of de tarieven niet ter goedkeuring moet voorleggen aan de CREG: het volstaat dat hij de tariefbeginselen of de tarieven vaststelt in overeenstemming

³⁷ Er zou bijvoorbeeld bepaald kunnen worden dat de eigenaar het net dan binnen een bepaalde termijn moet integreren in het transmissienet.

met de in die bepalingen genoemde “richtsnoeren”. De regeling komt erop neer dat de beheerders van een gesloten industrieel net van rechtswege ontheven zijn van de verplichting om de tarieven vooraf te laten goedkeuren door de CREG (zie de ontworpen artikelen 12, §§ 6 tot 8, en 12*bis*, §§ 6 tot 8, van de elektriciteitswet – artikelen 16 en 17 van het ontwerp). Het is weliswaar mogelijk om gesloten industriële netten van die verplichting te ontheffen, maar volgens artikel 28, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG komt het enkel aan de regulerende instantie toe om te beslissen of die ontheffing wordt verleend. Het ontwerp moet op dit punt aangepast worden.

53.2. Hiervóór is al opgemerkt dat het ontworpen artikel 18*bis*, § 2, d), van de elektriciteitswet niet van toepassing is op de gesloten distributienetten die onder de bevoegdheid van de gewesten vallen (zie opmerking 4). Er wordt dus geen gebruik gemaakt van de hiervóór genoemde mogelijkheid om die gesloten distributienetten door de CREG te laten ontheffen van de verplichting om de tarieven vooraf door de CREG te laten goedkeuren. Het niet gebruiken van die mogelijkheid is evenwel niet goed te begrijpen, nu de CREG bij het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 46°, van de elektriciteitswet (artikel 36 van het ontwerp) wel bevoegd gemaakt wordt om “op vraag van de gebruiker” van een gesloten distributienet dat is aangesloten op een distributienet de tarieven of de berekeningsmethodologie na te gaan en goed te keuren. De toekenning van een dergelijke bevoegdheid heeft slechts zin als de normale tariefregeling niet geldt. Het zou dan ook niet meer dan logisch zijn dat de CREG ook bevoegd gemaakt wordt om aan de beheerder van een door een gewest erkend gesloten distributienet de ontheffing te verlenen om zijn tariefbeginselen of tarieven vooraf ter goedkeuring voor te leggen. Het ontwerp zou met een bepaling in die zin moeten worden aangevuld.

54. Het ontworpen artikel 18*bis*, § 3, van de elektriciteitswet bevat een bepaling die van toepassing is op het “gesloten industrieel net spoorwegen”.

Om de hiervóór, bij de bespreking van het ontworpen artikel 2, 41°, van de elektriciteitswet (artikel 2 van het ontwerp) gegeven reden (opmerking 7.10.2 bij artikel 2), moet het ontworpen artikel 18*bis*, § 3, worden weggelaten.

55. Volgens het ontworpen artikel 18*bis*, § 4, van de elektriciteitswet kan de implementatie van dit artikel, indien nodig, het voorwerp uitmaken van een samenwerkingsakkoord met de gewesten.

Die bepaling is overbodig. Een samenwerkingsakkoord is zeker denkbaar, gelet op het feit dat de federale overheid en de gewesten in verband met de gesloten industriële netten gedeeld exclusieve bevoegdheden uitoefenen. Maar een samenwerkingsakkoord is ook altijd

mogelijk, op grond van artikel 92*bis*, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Een dergelijk akkoord zal trouwens allicht een ruimere reikwijdte hebben dan de implementatie van het ontworpen artikel 18*bis*.³⁸

Paragraaf 4 kan dus best uit het ontworpen artikel 18*bis* worden weggelaten.

Artikel 29

56. Het ontworpen artikel 20*bis* 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 richtlijnbepalings. 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 Justitie³⁹ 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.

In het arrest *Federutility* worden de artikelen 3, lid 3, en bijlage A, onderdeel g), van richtlijn 2003/55/EG⁴⁰ 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

³⁸ Zie bijvoorbeeld, in verband met de regeling voor de vertegenwoordiging van de Belgische regulerende instanties in het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER), opmerking 68 bij artikel 37 van het ontwerp.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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). In de tweede plaats moet de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met richtlijn 2009/72/EG worden onderzocht (zie opmerking 58). In de derde plaats dient de interne deugdelijkheid van de ontworpen regeling te worden beoordeeld (zie opmerking 59).

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.

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.⁴¹

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”⁴².

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 marktverstoringen 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.

⁴¹ HvJ, 20 april 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08, punten 33-43.

⁴² *Ibid.*, punt 35.

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”⁴³. 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 nagestreefte 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, 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*⁴⁴. 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 gebruiker verschilt en de beoogde doelstellingen en de af te wegen

⁴³ *Ibid.*, punt 36.

⁴⁴ *Ibid.*, punt 37.

belangen niet noodzakelijkerwijs dezelfde zijn, en met de objectieve verschillen tussen de ondernemingen zelf, naargelang hun omvang”⁴⁵.

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 openbaardienstverplichtingen 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.⁴⁶

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

58. Voorts dient de ontworpen regeling te worden getoetst op haar verenigbaarheid met richtlijn 2009/72/EG. Daarbij moet vooral rekening worden gehouden met de door artikel 35, leden 4 en 5, van de richtlijn vereiste onafhankelijkheid van de regulerende instantie. Het gegeven dat de Nationale Bank van België bij de naleving van de ontworpen regeling wordt betrokken, doet hieromtrent vragen rijzen.

⁴⁵ *Ibid.*, punt 42.

⁴⁶ *Ibid.*, punten 44-46.

Naar luid van artikel 37, lid 1, n), van richtlijn 2009/72/EG wordt de taak van de regulerende instantie voor wat betreft de in bijlage I bij de richtlijn genoemde maatregelen ter bescherming van de consument weliswaar uitgeoefend “samen met andere betrokken instanties”. Hieruit kan worden opgemaakt dat de richtlijn wel enige ruimte laat voor een samenwerking tussen de CREG en andere ter zake bevoegde instanties, voor zover de onafhankelijkheid van de CREG gevrijwaard blijft. De samenwerking met andere instanties mag er evenwel niet toe leiden dat de CREG in een positie komt te staan waarin ze directe instructies zou moeten verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten, aangezien dat strijdig zou zijn met artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG.

De rol die de Nationale Bank van België in de ontworpen regeling speelt, alsook de samenwerking ter zake met de CREG, worden in de memorie van toelichting gemotiveerd aan de hand van de complementariteit van hun bevoegdheden, waarbij wordt verwezen naar de expertise van de CREG voor wat betreft de werking van de gas- en elektriciteitsmarkten en die van de Nationale Bank van België op het vlak van inflatie en prijsevolutie op (onder meer) de gas- en elektriciteitsmarkten. Mede gelet op hetgeen zo-even werd opgemerkt met betrekking tot artikel 37, lid 1, n), van richtlijn 2009/72/EG, lijkt die samenwerking in beginsel niet strijdig met de richtlijn.

58.1. Anders is het voor het ontworpen artikel 20bis, § 5, van de elektriciteitswet. Afgezien van de vraag of die ontworpen bepaling strookt met de voorwaarden die het Hof van Justitie in het arrest *Federutility* heeft geformuleerd (zie daarover opmerking 57), dient het optreden van de regulerende instantie inzake de goedkeuring van prijsverhogingen te stroken met de door artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG vereiste onafhankelijkheid. De ontworpen bepaling vertoont ter zake een aantal dubbelzinnigheden en tekortkomingen.

Overeenkomstig het ontworpen artikel 20bis, § 5, eerste lid, van de elektriciteitswet, dient een door een leverancier voorgenomen prijsverhoging te worden aangemeld bij de CREG, die vervolgens beslist na advies van de Nationale Bank van België (ontworpen artikel 20bis, § 5, vierde lid). Indien er geen aangifte is gedaan door de leverancier, nemen de CREG en de Nationale Bank van België “op eigen initiatief een beslissing”, overeenkomstig het ontworpen artikel 20bis, § 5, vijfde lid. Die “beslissing”, die in het volgende ontworpen lid een “advies” wordt genoemd, blijkt slechts een voorlopige beslissing te zijn, waarover volgens het ontworpen artikel 20bis, § 5, zevende lid, nog onderhandelingen kunnen worden aangeknoopt tussen de leverancier enerzijds en de CREG en de Nationale Bank van België anderzijds. De CREG kan weliswaar alleen een eindbeslissing nemen in geval van mislukking van die onderhandelingen, na advies van de Nationale Bank van België, maar dit neemt niet weg dat de CREG in beginsel verplicht is om te onderhandelen met de leverancier en met de Nationale Bank van België over de inhoud van een definitieve beslissing. Een dergelijke

regeling staat op gespannen voet met de door artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG vereiste onafhankelijkheid van de regulerende instantie.

Aan dit bezwaar zou tegemoetgekomen kunnen worden door de betrokken regeling in die zin aan te passen dat de leverancier de kans krijgt om zijn argumenten aan te voeren tegen een voorlopige beslissing, waarna de CREG met die argumenten rekening dient te houden bij het nemen van een definitieve beslissing. Voor zover de Nationale Bank van België enkel betrokken is bij de voorlopige beslissing en enkel een adviserende functie heeft ten aanzien van de definitieve beslissing, is zijn rol binnen deze procedure verenigbaar met artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG, mede gelet op artikel 37, lid 1, n), van deze richtlijn. Wel moet worden uitgesloten dat een eventueel meningsverschil tussen de CREG en de Nationale Bank van België bij het nemen van de voorlopige beslissing in geval van ontstentenis van een aangifte door de leverancier, de totstandkoming van die voorlopige beslissing verhindert of onevenredig bemoeilijkt.

58.2. Hiervóór werd reeds opgemerkt dat de regeling in het ontworpen artikel 20*bis*, § 7, van de elektriciteitswet niet lijkt te voldoen aan de voorwaarde, geformuleerd in het arrest *Federutility*, dat de betrokken maatregel beperkt moet zijn in de tijd (zie opmerking 57.2.1). Ook vanuit het oogpunt van de door artikel 35, leden 4 en 5, van de richtlijn vereiste onafhankelijkheid van de regulerende instantie, is deze regeling problematisch. De CREG beschikt immers niet over de mogelijkheid om de prijscontrolemechanismen in het ontworpen artikel 20*bis*, §§ 1 tot 5, te moduleren of te beëindigen vóór 31 december 2014 of zelfs, indien de Koning beslist de ontworpen regeling te verlengen, vóór 31 december 2017.

58.3 Het ontworpen artikel 20*bis*, § 4, derde lid, van de elektriciteitswet voorziet in een vorm van bindende arbitrage tussen de CREG en een leverancier die de beslissing van de CREG inzake de toepassing van de indexeringsmechanismen betwist. Die arbitrage wordt toevertrouwd aan een “neutraal en door beide partijen aanvaard lid van het Belgisch Instituut voor Bedrijfsrevisoren”. Artikel 37, lid 17, van richtlijn 2009/72/EG, dat voorziet in “geschikte mechanismen op nationaal niveau [...] krachtens welke een partij die getroffen wordt door een besluit van de regulerende instantie beroep kan aantekenen bij een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en van regeringen”, lijkt weliswaar een bindende arbitrage door een onafhankelijke revisor niet uit te sluiten, maar die richtlijnbevestiging heeft betrekking op eindbeslissingen van de regulerende instantie, terwijl het in de ontworpen bepaling gaat om een beslissing die nog gevolgd kan worden door een tweede beslissing van de CREG, waarbij de leverancier aangemaand wordt om het teveel aangerekende aan de benadeelde klanten terug te geven, op straffe van een administratieve geldboete.

Het is twijfelachtig of de beslissing van een onafhankelijke revisor aldus de besluitvorming van de CREG op een dwingende wijze mag beïnvloeden, vooraleer de CREG zelf een eindbeslissing heeft genomen over de betrokken zaak. Naar luid van artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG kan de regulerende instantie bij het verrichten van haar reguleringsstaken immers geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.

59. De interne coherentie van de ontworpen regeling is ook voor verbetering vatbaar. Een aantal onduidelijkheden en lacunes moeten worden weggewerkt.

59.1. Hoewel het prijscontrolemechanisme zowel voor huishoudelijke eindafnemers als voor KMO's geldt, moeten de indexeringsformules door de leveranciers overeenkomstig het ontworpen artikel 20*bis*, § 2, van de elektriciteitswet enkel voor die eerste categorie worden gepubliceerd.

Daar komt nog bij dat de publicatie van de indexeringsformule op zichzelf weinig zinvol is voor de eindverbruikers, indien niet ook de betekenis en de waarden van de parameters, alsook de andere prijselementen en tariefformules bekendgemaakt worden.

59.2. Er wordt in het ontworpen artikel 20*bis*, § 3, van de elektriciteitswet niet verduidelijkt welke informatie precies moet worden meegedeeld in het overzicht dat de leverancier moet opstellen en binnen welke termijn dat overzicht moet worden bezorgd aan de CREG.

59.3. Het is de Raad van State niet duidelijk waarom de Nationale Bank van België, die volgens de memorie van toelichting bevoegd is inzake de opvolging van de inflatie en van de evolutie van de prijzen op de elektriciteits- en aardgasmarkten, geen rol speelt bij de controle van de toepassing van de indexeringsmechanismen overeenkomstig het ontworpen artikel 20*bis*, § 4, van de elektriciteitswet, terwijl hij wel wordt betrokken bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van andere prijsverhogingen door de leveranciers. Op zijn minst zou dit opvallende verschil in de memorie van toelichting moeten worden verantwoord.

59.4. Overeenkomstig het ontworpen artikel 20*bis*, § 4, vierde lid, van de elektriciteitswet kan de CREG een administratieve geldboete van ten hoogste 150.000 euro opleggen aan de leverancier die nalaat het teveel aangerekende aan de benadeelde klanten terug te geven. De vraag rijst of een dergelijke eenmalige geldboete volstaat om de leverancier aan te zetten om de betrokken klanten alsnog terug te betalen en of niet zou moeten worden voorzien in

een bedrag per kalenderdag, zoals in het ontworpen artikel 31, eerste lid, van de elektriciteitswet (zie artikel 57 van het ontwerp).

Bovendien is niet duidelijk hoe deze administratieve geldboete zich verhoudt tot de administratieve geldboete bedoeld in de laatstgenoemde bepaling. Indien het de bedoeling is dat de toepassing van de ene administratieve geldboete de toepassing van de andere uitsluit, dient dit uitdrukkelijk te worden geregeld. In het andere geval dient te worden gepreciseerd voor welke precieze inbreuken de ene geldboete kan worden opgelegd en voor welke inbreuken de andere.

59.5. Er wordt niet voorzien in een regeling om prijsverhogingen die in strijd met het ontworpen artikel 20*bis*, § 5, van de elektriciteitswet zijn doorgevoerd, ongedaan te maken. Er wordt in het ontworpen derde lid wel bepaald dat de inwerkingtreding van prijsverhogingen waarvoor een aangifte is gedaan, wordt opgeschort zolang de procedure loopt, maar er wordt geen rekening gehouden met de hypothese dat de leverancier geen aangifte heeft gedaan en de betrokken prijsverhoging al toepast. De ontworpen regeling moet worden aangevuld teneinde met die mogelijkheid rekening te houden.⁴⁷

59.6. Het is niet duidelijk of het in de bedoeling ligt van de stellers van het ontwerp dat de evolutie van de aardgasprijs een rol kan spelen bij de beoordeling van de prijsverhoging voor de levering van elektriciteit, zoals zou kunnen worden opgemaakt uit het ontworpen artikel 20*bis*, § 5, vierde lid, van de elektriciteitswet. Het valt moeilijk in te zien hoe kruissubsidies tussen de gas- en de elektriciteitssector mogelijk zouden zijn, nu de regulerende instantie overeenkomstig artikel 37, lid 1, f), van richtlijn 2009/72/EG er al over dient te waken dat er geen kruissubsidies zijn tussen activiteiten met betrekking tot transmissie, distributie en levering onderling binnen de elektriciteitssector zelf.

Artikel 30

60. In het ontworpen artikel 20*ter*, vijfde zin, van de elektriciteitswet wordt bepaald dat tegen de eindbeslissing van de CREG een beroep in volle rechtsmacht kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel overeenkomstig het ontworpen artikel 29*bis*, § 1, inleidende zin (artikel 46 van het ontwerp). Die bepaling is overbodig, aangezien die beroepsmogelijkheid reeds voortvloeit uit de laatstgenoemde bepaling. De vijfde zin moet bijgevolg worden weggelaten.

⁴⁷ De sanctieregeling in het ontworpen artikel 31 van de elektriciteitswet lijkt alleszins niet te volstaan om dergelijke prijsverhogingen ongedaan te maken, aangezien in de betrokken hypothese (nog) geen schending van een bepaling van de elektriciteitswet voorligt.

Artikel 36

61. Artikel 36 van het ontwerp voorziet in de eerste plaats in de wijziging van artikel 23, § 1, van de elektriciteitswet. In het nieuwe tweede lid worden de doelstellingen van de CREG opgesomd.

Om in overeenstemming te zijn met artikel 36, g), van richtlijn 2009/72/EG moet aan het begin van het ontworpen artikel 23, § 1, tweede lid, 7°, het woord “eindafnemers” vervangen worden door “afnemers”, en moet op het einde geschreven worden “... en bijdragen tot het waarborgen van consumentenbescherming”.

62. Artikel 36 van het ontwerp voorziet voorts in de wijziging van artikel 23, § 2, van de elektriciteitswet. In die bepaling worden de taken van de CREG opgesomd.

Artikel 23, § 2, tweede lid, van de elektriciteitswet, zoals het gewijzigd zal zijn, bevat een amalgaam van bestaande bevoegdheden, geamendeerde bevoegdheden en taken, en verwijzingen naar nieuwe en bestaande bevoegdheden die elders in de wet apart geregeld worden, zonder enige aanwijsbare systematiek. De Raad van State suggereert om het hele artikel 23, § 2, te vervangen door een meer systematische en coherente bepaling.

63. De wijzigingen van artikel 23, § 2, tweede lid, van de elektriciteitswet bevatten een aantal onvolkomenheden. Binnen de tijd die hem is toegemeten heeft de Raad van State de volgende onvolkomenheden kunnen detecteren.

Het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 5°, van de elektriciteitswet heeft betrekking op de transparantieplichting, terwijl die verplichting ook al aan bod komt in het bestaande artikel 23, § 2, tweede lid, 3°, van die wet. Die overlapping moet worden weggewerkt.

In het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 8°, van de elektriciteitswet dient *in fine* niet te worden verwezen naar “verordening (EG) nr. 1228/2003 ...”, zoals vervangen bij verordening (EG) nr. 714/2009”, maar moet meteen verwezen worden naar die verordening (EG) nr. 714/2009 (met het volledige opschrift).

In het bestaande artikel 23, § 2, tweede lid, 13°, van de elektriciteitswet wordt nog steeds melding gemaakt van “de kosten en verliezen” bedoeld in artikel 21, eerste lid, 3°, a), van die wet. Artikel 31 van het ontwerp voorziet echter in de schrapping in dat artikel 21, eerste lid, 3°, a), van de bepaling in verband met de kosten en verliezen. Het ontwerp moet dan ook

aangevuld worden met een bepaling tot aanpassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 13°, van de elektriciteitswet.

In het bestaande artikel 23, § 2, tweede lid, 14°, van de elektriciteitswet wordt gewag gemaakt van het goedkeuren van “de tarieven bedoeld in artikelen 12 tot 12^{nonies} (sic)”. Die omschrijving lijkt slechts een zeer summiere weergave te bevatten van het geheel van de taken die in verband met de tarieven aan de CREG zijn toevertrouwd. De redactie gaat bovendien voorbij aan het feit dat in de opheffing van de artikelen 12^{sexies} tot 12^{novies} van de elektriciteitswet wordt voorzien bij artikel 21 van het ontwerp.

Volgens het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 21°, van de elektriciteitswet moet de CREG inlichtingen en zaken in verband met de vrijmaking van de markt en de mededinging overmaken aan de Raad voor de Mededinging. Die bevoegdheid lijkt te eng te zijn omschreven. De regulerende instantie moet immers op grond van artikel 37, lid 4, b), van richtlijn 2009/72/EG ook zelf bepaalde “noodzakelijke en evenredige maatregelen” kunnen opleggen om “daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen”⁴⁸.

In het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 30°, wordt gewag gemaakt van de uitwisseling van gegevens “op gewestelijk vlak”, in de zin van artikel 12, lid 3, van verordening (EG) nr. 714/2009 (zie artikel 37, lid 1, u), van richtlijn 2009/72/EG). Het gaat hier niet om de gewesten in de zin van de Belgische staatsstructuur, maar om bepaalde intra-Europese regio's. Om verwarring te vermijden, zou de band met de Europese regio's duidelijker tot uiting gebracht moeten worden.

Het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 36°, van de elektriciteitswet bepaalt dat de CREG, “in samenspraak met de Algemene Directie Energie”, toezicht uitoefent op het congestiebeheer van het transmissienet. Artikel 37, lid 6, c), en lid 9, van richtlijn 2009/72/EG vertrouwt die taak exclusief toe aan de regulerende instantie. Door te voorzien in een samenspraak met een dienst die van de regering afhangt, doet het ontwerp afbreuk aan het vereiste van de ondeelbaarheid van de toezichthouder.⁴⁹

⁴⁸ Ook het bestaande, door het ontwerp niet gewijzigde, artikel 23^{bis} van de elektriciteitswet, dat specifiek betrekking heeft op de eerlijke handelspraktijken en de mededinging, voorziet enkel in een rapportering door de CREG. Die bepaling zou ook aangepast moeten worden, in het licht van artikel 37, lid 4, b), van richtlijn 2009/72/EG.

⁴⁹ Raadpleeg Europese Commissie, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, pp. 3-4.

Volgens het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 37°, van de elektriciteitswet neemt de CREG het secretariaat waar van de Geschillenkamer. Die bepaling is in te enge bewoordingen geformuleerd. De geschillenbeslechting maakt immers een integraal deel uit van de taken van de CREG zelf (zie artikel 37, lid 11, van richtlijn 2009/72/EG).

Volgens het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 46°, van de elektriciteitswet is de CREG bevoegd om “op vraag van de gebruiker” van een gesloten distributienet dat is aangesloten op een distributienet de tarieven of de berekeningsmethodologie na te gaan en goed te keuren. De Raad van State verwijst naar de opmerking die hij hiervoor heeft gemaakt in verband met het ontworpen artikel 18bis, § 2, d), van de elektriciteitswet (zie opmerking 53.2 bij artikel 26 van het ontwerp). Als het ontworpen artikel 18bis, § 2, d), wordt gewijzigd, dient wellicht ook het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, 46°, te worden gewijzigd.

64. In verband met het opdragen van taken aan de CREG past voorts de volgende algemene opmerking.

Voor bepaalde cruciale taken voorziet het ontwerp in bijzondere bepalingen, in andere artikelen van de elektriciteitswet. Uiteraard moet de wetgever voorzien in een voldoende uitgewerkt juridisch kader dat ten volle omzetting geeft aan het juridische kader dat wordt opgelegd door richtlijn 2009/72/EG. Daarentegen moet de wetgever er zich voor hoeden om dat kader zo gedetailleerd in te vullen dat de beoordelingsbevoegdheid van de CREG overmatig wordt beperkt. Artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG respecteert weliswaar de bevoegdheid van de wetgever om “algemene beleidsrichtsnoeren” vast te stellen, die door de regulerende instantie in acht genomen moeten worden, maar die richtsnoeren mogen in geen geval verband houden met de in artikel 37 van richtlijn 2008/72/EG genoemde regulerings taken.

Artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG bepaalt ook dat de regulerende instantie geen “directe instructies” mag krijgen “van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten”. *A fortiori* moet de wetgever vermijden om bepaalde aspecten die aan de beoordeling van de CREG moeten worden onderworpen toe te vertrouwen aan de Koning of aan andere overheidsinstellingen, al dan niet na advies van de CREG.

Op deze beoordelingsbevoegdheid van de CREG wordt hierna nog teruggekomen, bij de bespreking van een aantal bijzondere bepalingen van het ontwerp.

65. Het ontworpen artikel 23, § 2bis, van de elektriciteitswet bevat bepalingen in verband met de besluitvorming door de CREG. Op het eerste gezicht wordt hiermee voorzien in

de omzetting van de motiveringsplicht bedoeld in artikel 37, lid 16, van richtlijn 2009/72/EG en worden een aantal beginselen van behoorlijk bestuur in de bepaling verwerkt. Bij nader inzien evenwel wordt de werking van de CREG gestuurd op een wijze die strijdig lijkt met richtlijn 2009/72/EG.

De ontworpen regeling houdt in dat de CREG haar beslissingen niet enkel moet motiveren, maar ook dat zij telkens een ontwerp van beslissing moet meedelen aan de betrokken ondernemingen, zodat deze daarop hun opmerkingen kunnen geven. Die ontwerpbeslissing moet, met de opmerkingen van de partijen en de redenen waarom de CREG daarmee al dan niet rekening heeft gehouden, samen met de beslissing zelf openbaar gemaakt worden.

De verplichting om systematisch de reacties te vragen van bepaalde marktdeelnemers op ontwerpbeslissingen staat op gespannen voet met het verbod om instructies te vragen of te ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten, bedoeld in artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG. Als de ontworpen regeling bedoeld is om ervoor te zorgen dat de CREG terdege is ingelicht over de mogelijke gevolgen van haar beslissingen, moet opgemerkt worden dat de CREG daartoe al over de nodige middelen beschikt. Zij kan immers van de betrokkenen de nodige inlichtingen vragen en zij zou zelfs, in de gevallen waarin dat relevant is, hoorzittingen met de betrokkenen kunnen houden.

De ontworpen regeling voorziet bovendien in een regeling die op dezelfde wijze van toepassing is op alle beslissingen van de CREG. Niet alle beslissingen hebben echter in dezelfde mate rechtsgevolgen voor de betrokken ondernemingen. Sommige beslissingen, onder meer die waarbij onderzoeksmaatregelen worden bevolen of sancties worden opgelegd (zie artikel 37, lid 4, c), d) en e), van richtlijn 2009/72/EG), kunnen bovendien moeilijk vooraf aan de betrokkenen worden meegedeeld. Ten slotte maken de in het ontwerp bepaalde termijnen het ook onmogelijk om eventuele dringende maatregelen te nemen.

Het voorgaande betekent niet dat de CREG de beginselen van behoorlijk bestuur naast zich neer kan leggen bij het uitvoeren van haar taken. Uiteraard moet zij ook rekening houden met de rechten van de partijen ten aanzien van dewelke zij bindende beslissingen neemt. Als de stellers van het ontwerp van oordeel zijn dat ter zake in garanties moet worden voorzien, kan best een regeling worden uitgewerkt waarbij in de wet een aantal beginselen worden vastgesteld. Aan de CREG zou dan de zorg kunnen worden overgelaten om haar werking in een huishoudelijk reglement vast te stellen, rekening houdend met die beginselen. Willen de stellers van het ontwerp bepaalde procedureregels in de wet zelf opnemen, dan moeten zij er in elk geval voor zorgen dat die regels in de nodige flexibiliteit voorzien opdat de CREG haar taken naar behoren kan uitoefenen, zonder door nodeloze formaliteiten beperkt te worden.

66. In het ontworpen artikel 23, § 3, van de elektriciteitswet dat over het jaarverslag van de CREG handelt, wordt in het derde lid bepaald dat de CREG in dat verslag de wijze beschrijft “waarop zij de doelstellingen heeft bereikt die werden geformuleerd in haar algemene beleidsnota en in de algemene richtsnoeren die worden voorgeschreven door de regering”.

Het is niet duidelijk welke algemene richtsnoeren bedoeld worden en welke wetsbepaling daarvoor rechtsgrond biedt. Het ontwerp zou op dit punt verduidelijkt moeten worden. Daarbij moet ervoor gewaakt worden dat de richtsnoeren geen betrekking hebben op de reguleringstaken bedoeld in artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG (zie opmerking 64).

67. Volgens het ontworpen artikel 23, § 5, van de elektriciteitswet moeten de personeelsleden van de CREG en de personen belast met het beheer ervan, onafhankelijk handelen van commerciële belangen en mogen zij geen directe instructies vragen of ontvangen van gelijk welke regering of andere openbare of privé-entiteit. Op zich beantwoordt die bepaling aan artikel 35, lid 4, b), van richtlijn 2009/72/EG.

In het ontworpen artikel 23, § 5, b), van de elektriciteitswet wordt aan het verbod van directe instructies echter meteen toegevoegd dat “deze vereiste geldt onverminderd een nauw overleg, in voorkomend geval, met de overige bevoegde instanties, evenals de algemene, door de regering voorgeschreven richtsnoeren”.

De verplichting voor de CREG om met de overige bevoegde instanties “een nauw overleg” te hebben roept op zich geen bezwaren op. Een dergelijke verplichting lijkt met name niet strijdig te zijn met artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG, in zoverre daarin wordt bepaald dat de regulerende instantie geen “directe instructies” mag krijgen “van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten”.

In zoverre de verplichting wordt opgelegd om rekening te houden met “de algemene, door de regering voorgeschreven richtsnoeren”, roept de ontworpen bepaling wel bezwaren op. De Raad van State verwijst naar zijn opmerking in verband met het ontworpen artikel 23, § 3, derde lid, van de elektriciteitswet (zie opmerking 66).

Artikel 37

68. Het ontworpen artikel 23^{quater} van de elektriciteitswet bevat bepalingen in verband met de samenwerking van de CREG met de reguleringsinstanties van de andere lidstaten

van de Europese Unie en het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) (§ 1), en met de gewestelijke reguleringsinstanties (§ 3).

In verband met de vertegenwoordiging van België in het ACER en de contacten met het ACER bepaalt het ontworpen artikel 23*quater*, § 3, tweede lid, dat die vertegenwoordiging en die contacten “worden verzekerd door een vertegenwoordiger van de [CREG] die in formele samenwerking met de regionale reguleringsinstanties handelt”. Het ontworpen artikel 23*quater*, § 3, derde lid, bepaalt dat die samenwerking “zo nodig” de vorm kan aannemen van een samenwerkingsakkoord.

Het is niet nodig uitdrukkelijk te bepalen dat de federale overheid en de gewesten een samenwerkingsakkoord kunnen sluiten (zie opmerking 55 bij artikel 26 van het ontwerp). Wel moet worden vastgesteld dat een samenwerkingsakkoord nodig is. De federale overheid kan immers niet eenzijdig bepalen dat het een vertegenwoordiger van de CREG is die instaat voor de vertegenwoordiging en de contacten op communautair niveau in het ACER (zie hierover artikel 35, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG). Zolang dat samenwerkingsakkoord niet is gesloten, moet het tweede lid uit het ontworpen artikel 23*quater*, § 3, worden weggelaten.

Artikel 38

69. Artikel 38 van het ontwerp voorziet in de wijziging van artikel 24 van de elektriciteitswet, dat de organisatie van de CREG inhoudt. Volgens het ontworpen artikel 24, § 1, bestaat de CREG uit een directiecomité, een “arbitrage- en bemiddelingsdienst” en een Geschillenkamer, en wordt bij de CREG een algemene raad opgericht.

Het directiecomité en de algemene raad maken verder specifiek het voorwerp uit van respectievelijk paragraaf 2 en paragraaf 3 van artikel 24 van de elektriciteitswet. Hierna wordt op die bepalingen ingegaan. De arbitrage- en bemiddelingsdienst en de Geschillenkamer worden verder geregeld in respectievelijk artikel 28 en artikel 29 van de elektriciteitswet; die bepalingen en de ontworpen wijzigingen ervan worden besproken onder de artikelen 43 en 45 van het ontwerp (zie de opmerkingen 74 tot 76 bij artikel 43 en opmerking 77 bij artikel 45).

70. Vooraleer nader in te gaan op de bepalingen in verband met de organisatie van het directiecomité en de algemene raad moet nog gewezen worden op het ontworpen artikel 24, § 1, van de elektriciteitswet, in zoverre daarin wordt bepaald dat het directiecomité van de CREG zijn huishoudelijk reglement voor goedkeuring moet voorleggen aan de Kamer van volksvertegenwoordigers.

In principe kan een huishoudelijk reglement enkel louter praktische bepalingen bevatten inzake de interne organisatie of de werking van een instelling of een dienst. Het gaat dan ook om een tekst die de CREG zelfstandig moet kunnen vaststellen, onafhankelijk van enig politiek orgaan, overeenkomstig artikel 35, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/72/EG (en de parallelle bepaling van artikel 39, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/73/EG). Het voorzien in een goedkeuring door de Kamer van volksvertegenwoordigers is met dat vereiste niet verenigbaar.

71. Artikel 38 van het ontwerp voorziet in de invoeging in artikel 24, § 2, van de elektriciteitswet van bepalingen in verband met de ontzetting van de leden van het directiecomité uit hun mandaat.

71.1. Wat betreft de gronden voor een ontzetting uit het ambt, bevat het ontworpen artikel 24, § 2, de volgende bepaling:

“De voorzitter en de leden van het directiecomité van de commissie kunnen in de loop van hun mandaat slechts uit hun functies worden ontzet wanneer ze, in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheden, niet meer voldoen aan de door deze wet of door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen alsook de besluiten die werden genomen in uitvoering van deze wetten bepaalde voorwaarden van onafhankelijkheid, of wanneer zij ernstig inbreuk plegen op de wettelijke of reglementaire bepalingen die op hen van toepassing zijn krachtens dezelfde wetten en uitvoeringsbesluiten.”

Volgens de tweede alinea van artikel 35, lid 5, van richtlijn 2009/72/EG en volgens de parallelle bepaling van artikel 39, lid 5, van richtlijn 2009/73/EG kunnen de leden uitsluitend uit hun ambt ontheven worden “als ze niet langer voldoen aan de in dit artikel omschreven voorwaarden of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag”.

De voormelde richtlijnen laten het aldus aan de nationale wetgeving over om te bepalen welk soort “wangedrag”⁵⁰ aanleiding kan geven tot het ontslag van een lid van het directiecomité. Het ontwerp beperkt de bedoelde gevallen tot (ernstige) inbreuken op de bepalingen van de elektriciteitswet, de gaswet en de besluiten tot uitvoering ervan, die betrekking hebben op het statuut van de leden van het directiecomité. Die optie roept geen vragen op vanuit het oogpunt van de genoemde richtlijnen.

⁵⁰ Het equivalent van het woord “wangedrag” in enkele andere versies van de richtlijnen is “faute” (Frans), “misconduct” (Engels) en “Fehlverhalten” (Duits).

71.2. Wat betreft de procedure voor het ontslag van een lid, bepaalt het ontworpen artikel 24, § 2, van de elektriciteitswet dat die procedure wordt ingezet door de minister, die zich wendt tot Kamer van volksvertegenwoordigers. De Kamer behandelt de zaak “in parlementaire commissie”, en doet “uitspraak” over het ontslag. Als de parlementaire commissie van oordeel is dat het lid uit zijn mandaat moet worden onttrokken, kan ze haar “beslissing” gepaard laten gaan met de vernietiging van de contractuele bedingen waarbij in een ontslagvergoeding wordt voorzien. “Op basis van de beslissing van de Kamer van Volksvertegenwoordigers” wordt de betrokkene uiteindelijk ontslagen bij een koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

Allicht bedoelen de stellers van het ontwerp de onafhankelijkheid van de leden van het directiecomité te versterken door het ontslag te laten afhangen, niet enkel van een beslissing van de regering, maar ook van een beslissing van een parlementaire commissie, waarvan per definitie ook de oppositie deel uitmaakt. Dit neemt echter niet weg dat de Kamer van volksvertegenwoordigers een politiek orgaan is. Het risico van een beslissing gesteund op politieke overwegingen is dus niet denkbeeldig. Bovendien is een parlementaire commissie geen orgaan dat van nature geroepen is om zich te buigen over tuchtrechtelijke aangelegenheden. De stellers van het ontwerp dienen zich dan ook af te vragen of de ontworpen procedure wel geschikt is om het genoemde doel te bereiken.

Zo het optreden van de Kamer van volksvertegenwoordigers behouden blijft, dient in elk geval te worden verduidelijkt dat het uitsluitend de betrokken commissie is, en niet de plenaire vergadering, die zich met de zaak bezighoudt. In het laatste van de ontworpen leden van artikel 24, § 2, van de elektriciteitswet moet daarom verwezen worden naar de parlementaire commissie, en niet naar “de Kamer van Volksvertegenwoordigers”.

Daarenboven zou verduidelijkt moeten worden in hoeverre de “beslissing” van de commissie bindend is voor de regering. De Raad van State gaat ervan uit dat een lid slechts ontslagen kan worden, en zijn ontslagvergoeding slechts ongedaan gemaakt kan worden, als de commissie met een dergelijke beslissing heeft ingestemd. De ontworpen bepalingen lijken aldus uit te sluiten dat de regering strenger is dan de commissie. De regering zou de betrokkene met andere woorden niet uit zijn mandaat kunnen onttrekken of hem zijn ontslagvergoeding kunnen afnemen als de parlementaire commissie daarmee niet heeft ingestemd. De ontworpen bepalingen lijken echter niet uit te sluiten dat de regering milder is dan de parlementaire commissie, en dus kan beslissen om de betrokkene alsnog niet uit zijn mandaat te onttrekken of om hem zijn ontslagvergoeding te laten behouden, ook al heeft de commissie in andere zin beslist. Of de stellers van het ontwerp het eens zijn met die interpretatie dan wel een andere interpretatie voorstaan, hun bedoeling zou in elk geval duidelijker in de tekst verwoord moeten worden.

72. De algemene raad maakt het voorwerp uit van artikel 24, § 3, van de elektriciteitswet, te wijzigen bij artikel 38 van de aan te nemen wet.

De algemene raad is een adviesorgaan opgericht bij de CREG, bestaande uit vertegenwoordigers van de federale regering, van werknemers-, werkgevers- en middenstandsorganisaties, van milieuverenigingen, van producenten, van de netbeheerder, distributienetbeheerders, tussenpersonen, leveranciers en verbruikers. Het gaat met andere woorden om allerlei actoren uit de energiesector en het middenveld die uitdrukkelijk niet over de vereiste onafhankelijkheid beschikken om deel uit te maken van de regulerende instantie volgens artikel 35, lid 4, b), i), van richtlijn 2009/72/EG (en de parallelle bepaling van artikel 39, lid 4, b), i), van richtlijn 2009/73/EG).

Terecht bepaalt het ontworpen artikel 24, § 3, zesde lid, van de elektriciteitswet dat het directiecomité onafhankelijk van de algemene raad handelt en van die raad geen instructies aanvaardt. Er moet echter ook voor gewaakt worden dat er vanuit de algemene raad geen ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend op het directiecomité.

In zoverre het de taak is van de algemene raad om adviezen te formuleren, studies uit te voeren of een discussieforum te zijn (bestaande tweede lid, 2° en 3°, en ontworpen vierde lid van artikel 24, § 3, van de elektriciteitswet), rijzen er geen principiële vragen vanuit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de CREG. Het is natuurlijk wel te verstaan dat de CREG volledig vrij moet blijven om de standpunten van de algemene raad al dan niet te volgen, en ook om bijvoorbeeld adviezen in te winnen van andere actoren dan die welke in de algemene raad zijn vertegenwoordigd.

In zoverre het de taak is van de algemene raad om “op eigen initiatief of op verzoek van de minister richtsnoeren te bepalen voor de toepassing van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan” (bestaande artikel 24, § 3, tweede lid, 1°, van de elektriciteitswet), wordt allicht bedoeld dat de algemene raad aan de minister advies kan geven over door de regering aan te nemen richtsnoeren. Op zich doet een dergelijke adviesbevoegdheid van de algemene raad geen vragen rijzen. Het is echter de vraag wat wordt bedoeld met de door de regering aan te nemen richtsnoeren. Op dit punt verwijst de Raad van State naar zijn opmerking in verband met het ontworpen artikel 23, § 3, derde lid, van de elektriciteitswet (zie opmerking 66 bij artikel 36 van het ontwerp).

Artikel 42

73. Overeenkomstig de artikelen 3, lid 7, en 37, lid 1, n), alsook onderdeel 1, f), van bijlage I bij richtlijn 2009/72/EG, dient ten behoeve van de afnemers te worden voorzien in transparante, eenvoudige en goedkope procedures voor het afhandelen van hun klachten, meer in het bijzonder in een recht op dienstverlening en klachtenbehandeling door hun elektriciteitsleverancier, in de vorm van een systeem van buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Bij het ontworpen artikel 27, §§ 1bis en 1ter, van de elektriciteitswet, waarmee blijkbaar de omzetting van de aangehaalde richtlijnbepalingen wordt beoogd, wordt een procedure ingesteld bij de ombudsdienst voor energie voor de behandeling van vragen en klachten die door eindafnemers worden voorgelegd.

Nog afgezien van het gegeven dat deze richtlijnbepalingen door de gewesten moeten worden omgezet in de mate dat ze betrekking hebben op de distributie van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk aan 70.000 volt, waarvoor de gewesten bevoegd zijn⁵¹, houden de ontworpen bepalingen geen correcte omzetting van de aangehaalde richtlijnbepalingen in, nu het te dezen gaat om een systeem van buitengerechtelijke geschillenbeslechting ten behoeve van eindafnemers bij een overheidsdienst, met name de ombudsdienst voor energie, in plaats van bij de eindleveranciers, zoals de richtlijnbepalingen vereisen. Het gegeven dat het huidige artikel 27, § 1, van de elektriciteitswet reeds in een dergelijk systeem voorziet, waaraan door de ontworpen bepalingen een aantal vereisten worden toegevoegd die gebaseerd zijn op deze richtlijnbepalingen, doet geen afbreuk aan deze vaststelling.

Ook voor wat betreft het systeem van terugbetaling en/of vergoeding waarvan in de aangehaalde richtlijnbepalingen gewag wordt gemaakt, bevat de ontworpen regeling geen bepalingen. Overeenkomstig het ontworpen artikel 27, § 1bis, tweede lid, van de elektriciteitswet dient de ombudsdienst voor energie rekening te houden “met de gewestelijke of federale bepalingen die in voorkomend geval van toepassing zijn op het vlak van consumentenbescherming en op de hoegrootheid en de termijnen van schadeloosstelling”. Hieruit kan worden opgemaakt dat de stellers van het ontwerp alleszins geen autonome regeling met betrekking tot terugbetaling en/of vergoeding beogen.

⁵¹ Om deze reden werd het toepassingsgebied van de huidige paragraaf 1 van artikel 27 van de elektriciteitswet, en daarmee ook van de ontworpen paragrafen 1bis en 1ter, beperkt tot de “aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren krachtens artikel 6, § 1, VI, vierde en vijfde lid, en VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen”.

In de mate dat de federale overheid bevoegd is voor de omzetting van de betrokken richtlijnbepalingen, zullen de ontworpen bepalingen grondig moeten worden herzien met het oog op een correcte en volledige omzetting.

Artikel 43

74. Het bestaande artikel 28 van de elektriciteitswet bepaalt dat de CREG een bemiddelings- en arbitragedienst opricht.⁵² Bij artikel 43 van het ontwerp wordt voorzien in de wijziging van dat artikel. Het hele artikel 28 moet thans getoetst worden aan de bepalingen van artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG.

Volgens de vigerende, niet-gewijzigde bepalingen van artikel 28 van de elektriciteitswet is de bemiddelings- en arbitragedienst bevoegd inzake “geschillen betreffende transmissieaangelegenheden”, welke geschillen “onder meer de toegang tot het transmissienet, de toepassing van het technisch reglement en de tarieven bedoeld in artikelen 12 tot 12novies⁵³ [kunnen] betreffen”. Uit de parlementaire voorbereiding van die bepalingen kan worden afgeleid dat het gaat om geschillen met de transmissienetbeheerder, die aan een orgaan van de CREG ter beslechting kunnen worden voorgelegd.⁵⁴ Aldus blijkt de bemiddelings- en arbitragedienst zich in te laten met de klachten bedoeld in artikel 37, lid 11, van richtlijn 2009/72/EG.

Bij die bepalingen van de elektriciteitswet passen de volgende opmerkingen.

75. Om te beginnen zijn de bevoegdheden en de machten van de bemiddelings- en arbitragedienst niet duidelijk omschreven. Waarin bestaat de bemiddeling? Gaat het om een werkelijke arbitrage, die leidt tot bindende beslissingen?

Die opmerking is te dezen des te prangender, nu de bestaande wetgeving ook voorziet in een Geschillenkamer, die van dezelfde soort geschillen kennis kan nemen (artikel 29 van de elektriciteitswet - zie artikel 45 van het ontwerp; ontworpen artikel 15/18 van de gaswet - artikel 94 van het ontwerp).

⁵² In de Nederlandse tekst van de artikelen 38 en 43 van het ontwerp (respectievelijk ontworpen artikel 24, § 1, en wijziging van artikel 28 van de elektriciteitswet) is sprake van de “arbitrage- en bemiddelingsdienst”. Uiteraard moet in alle bepalingen van de elektriciteitswet voor hetzelfde orgaan telkens exact dezelfde benaming gebruikt worden.

⁵³ Er moet worden opgemerkt dat artikel 21 van het ontwerp de opheffing beoogt van de artikelen 12sexies tot 12novies van de elektriciteitswet.

⁵⁴ Memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen, *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-1786/1, pp. 86-87.

Om uitleg gevraagd over de bevoegdheden van de bemiddelings- en arbitragedienst, heeft de gemachtigde de volgende toelichting verstrekt:

“Le service de conciliation et d’arbitrage existe depuis toujours sur le marché libéralisé de l’électricité, ayant été institué par l’article 28 de la loi du 29 avril 1999 relatif à l’organisation du marché de l’électricité [...].

Les modifications apportées à ce service par l’avant-projet de loi (art. 43 et 94) visent à répondre aux exigences de l’article 35 de la directive 2009/72/CE et de l’article 39 de la directive 2009/73/CE en matière d’indépendance des autorités de régulation ainsi que de l’article 34 de la directive 2009/73/CE en matière d’accès aux infrastructures en amont. Ces modifications n’affectent en rien le fait que le service de conciliation et d’arbitrage a vocation à s’appliquer aux litiges entre personnes privées, à l’exception des droits civils et politiques en conformité avec le droit constitutionnel belge. Les différents relatifs à l’accès au réseau de transport d’électricité ou de gaz naturel, à l’accès à des installations de stockage de gaz naturel, de GNL ou en amont, à l’application du règlement technique/du Code de bonne conduite et aux tarifs pour lesquels le service de conciliation et d’arbitrage est compétent (art. 28 de la loi électricité et art. 15/18 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations [...]) ne concernent en effet pas des droits civils ou politiques.

Le service de conciliation et d’arbitrage n’a, à ce jour, jamais fonctionné.

Ce service est indépendant et distinct de la Chambre des litiges qui a un champ de compétence plus pragmatique. La Chambre des litiges est en effet compétente pour les différends relatifs aux obligations imposées aux gestionnaires de transport, d’installation de stockage de gaz naturel, d’installation de GNL, de distribution et de réseaux fermés industriels, à l’exception des droits et obligations contractuelles (art. 29 de la loi électricité, tel que modifié par l’article 45 de l’avant-projet de loi et art. 15/18 de la loi gaz, tel que modifié par l’article 94 de l’avant-projet de loi).

La CREG n’est ni juge, ni partie aux décisions du service de conciliation et d’arbitrage. La composition de ce service garantit tout d’abord l’étanchéité nécessaire: les arbitres pouvant être désignés par la Chambre des représentants ne peuvent pas être des membres des organes ou des employés de la CREG (art. 28 de la loi électricité, tel que modifié par l’art. 44 de l’avant-projet de loi). Le service de conciliation et d’arbitrage ne s’applique ensuite pas à des décisions prises par la CREG. Les recours contre de telles décisions ressortent exclusivement de la compétence de la Cour d’appel de Bruxelles, en application de l’article 29bis de la loi électricité et de l’article 15/20 de la loi gaz. »

Uit de uitleg van de gemachtigde blijkt niet dat er een duidelijk verschil bestaat tussen de bevoegdheden van de bemiddelings- en arbitragedienst en de Geschillenkamer. De stellers van het ontwerp dienen zich af te vragen of het wel opportuun is om twee verschillende mechanismen ter beslechting van dezelfde of grotendeels dezelfde geschillen te behouden. Indien zij op die vraag bevestigend antwoorden, dienen zij ervoor te zorgen dat in de wetgeving duidelijk wordt bepaald waarvoor de bemiddelings- en arbitragedienst en de Geschillenkamer respectievelijk bevoegd zijn, op welke manier ze klachten behandelen, en wat het gevolg is van hun beslissingen.

76. Voorts wordt de bemiddelings- en arbitragedienst opgericht als een orgaan van de CREG. Het is weliswaar mogelijk om binnen de energieregulator verscheidene organen te hebben, maar dan moeten al die organen ten volle deel uitmaken van de regulerende instantie en aan alle onafhankelijkheidsvoorwaarden voldoen.

De Europese Commissie heeft in dit verband de volgende toelichting verstrekt:

“In some Member States, the single national regulatory authority is comprised of several bodies (e.g. board, secretariat or chamber). The new requirement of having a single national regulatory authority does not in principle prevent such a structure. The possibility remains to give certain decision-making powers to one body (e.g. director) and other decision-making powers to another body (e.g. board or chamber). However, such structures all need to be integrally part of the single national regulatory authority entrusted with the duties and powers listed in the Electricity and Gas Directives and Regulations and each of these bodies and structures must meet all the independence requirements of the Electricity and Gas Directives.”⁵⁵

Aan die voorwaarden lijkt niet te zijn voldaan in het geval van de bemiddelings- en arbitragedienst. Die dienst bestaat immers uitdrukkelijk niet uit “leden van de organen” (bedoeld wordt: van “de andere organen”) van de CREG of personeelsleden ervan (bestaande artikel 28 van de elektriciteitswet). De bemiddelaars of arbiters kunnen integendeel worden gekozen uit een lijst van deskundigen die wordt opgesteld door de Kamer van volksvertegenwoordigers (ontworpen artikel 28 van de elektriciteitswet - artikel 43, tweede streepje, van het ontwerp). Overigens wordt ook het huishoudelijk reglement dat de CREG moet opstellen voor deze dienst door de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurd (ontworpen artikel 28 van de elektriciteitswet - artikel 43, eerste streepje, van het ontwerp).⁵⁶

Aldus wordt binnen de CREG een instantie opgericht die in feite onafhankelijk van de CREG werkt. Hoewel men begrip kan opbrengen voor het feit dat de wetgever een onafhankelijke bemiddelings- en arbitrage-instantie wenst, kan niet anders dan vastgesteld worden dat artikel 37, lid 11, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 11, van richtlijn 2009/73/EG bepalen dat het de regulerende instantie zelf is, die “als geschillenbeslechtsinstantie” klachten tegen bepaalde energiebedrijven moet kunnen behandelen. Het is de regulerende instantie die, ook via het beoordelen van klachten, de gelegenheid moet hebben om een beleid te voeren en een evenwicht te vinden tussen de

⁵⁵ Europese Commissie, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, p. 4.

⁵⁶ Over het goedkeuren van huishoudelijke reglementen, zie ook hiervóór, opmerking 70 bij artikel 38 van het ontwerp.

verschillende bij een probleem betrokken belangen.⁵⁷ De bestaande en de ontworpen bepalingen van de elektriciteitswet en de gaswet maken het de CREG niet mogelijk om die taak te vervullen.

Indien de stellers van het ontwerp de bemiddelings- en arbitragedienst willen behouden, zouden zij moeten voorzien in een systeem waarbij de bemiddeling en de arbitrage worden opgedragen aan diensten waarvoor de CREG zelf effectief verantwoordelijkheid kan dragen.

Artikel 45

77. De Geschillenkamer maakt het voorwerp uit van artikel 29 van de elektriciteitswet, te wijzigen bij artikel 45 van de aan te nemen wet.

Volgens het ontworpen artikel 29, § 1, van de elektriciteitswet beslist de Geschillenkamer over “geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de verplichtingen die aan de netbeheerder, aan de distributienetbeheerders en aan de beheerders van de gesloten industriële netten krachtens deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan worden opgelegd”. Aldus blijkt de Geschillenkamer zich in te laten met de klachten bedoeld in artikel 37, lid 11, van richtlijn 2009/72/EG.

De Geschillenkamer vertoont dezelfde gebreken als de bemiddelings- en arbitragedienst. De Geschillenkamer bestaat immers uitdrukkelijk niet uit “leden van de organen” (bedoeld wordt: van “de andere organen”) van de CREG of personeelsleden ervan (bestaande artikel 29, § 2, van de elektriciteitswet). De leden zijn integendeel een voorzitter, die een magistraat is van de rechterlijke orde, en twee leden, aangewezen omwille van hun deskundigheid inzake mededinging (artikel 29, § 2, van de elektriciteitswet). Aldus wordt ook met de Geschillenkamer binnen de CREG een instantie opgericht die in feite onafhankelijk van de CREG werkt.

De Raad van State verwijst dan ook naar hetgeen hij hiervóór in verband met de bemiddelings- en arbitragedienst heeft opgemerkt (opmerking 76 bij artikel 43).

78. Ter omzetting van artikel 32, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG dient te worden voorzien in een systeem van beslechting van geschillen tussen de transmissienetbeheerder en de

⁵⁷ Vgl., in verband met de toezichthoudende overheden inzake de bescherming van persoonsgegevens, HvJ, 9 maart 2010, *Commissie t. Duitsland*, C-518/07, punten 24 en 30.

kandidaat-netgebruikers voor wat betreft de toegang tot het transmissienet en meer bepaald de weigeringsgronden, bedoeld in het ontworpen artikel 15, § 1, tweede lid, van de elektriciteitswet. Om dit te expliciteren, dienen in het bestaande artikel 29, § 1, van de elektriciteitswet na de woorden “en de netgebruikers” de woorden “en kandidaat-netgebruikers” te worden ingevoegd.

Artikel 46

79. De nieuw ontworpen inleidende zin⁵⁸ van artikel 29bis, § 1, van de elektriciteitswet heeft tot gevolg dat de bestaande limitatieve opsomming die erop volgt een exemplatieve opsomming wordt. Door deze werkwijze wordt de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel uitgebreid tot de nieuwe bevoegdheden van de CREG, zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet. Het gegeven dat alle bestaande bevoegdheden van de CREG aldus wel worden opgesomd en alle nieuwe bevoegdheden niet, zonder dat een onderscheid wordt gemaakt naargelang het relatieve belang van deze bevoegdheden, doet het voordeel van een exemplatieve opsomming teniet.

Er kan dan ook beter worden afgezien van een opsomming, met name door in de ontworpen wijziging de woorden “waaronder die welke hierna zijn opgesomd:” weg te laten en door de vervanging te betrekken op artikel 29bis, § 1, van de elektriciteitswet en niet louter op de inleidende zin (zoals nu reeds, maar dan verkeerdelijk, het geval is).

Artikel 47

80. Bij artikel 47 wordt het huidige artikel 29ter van de elektriciteitswet opgeheven. Die bepaling voorziet thans in de mogelijkheid voor elke persoon die een belang aantoonst, om een beroep in te stellen bij de Raad voor de Mededinging tegen bepaalde beslissingen van de CREG met betrekking tot de controle op de toepassing van het technisch reglement.⁵⁹ De schrapping van dat specifieke beroep doet alleszins geen afbreuk aan de algemene mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Raad voor de Mededinging.⁶⁰ Vanuit het oogpunt van richtlijn 2009/72/EG lijkt er geen bezwaar te bestaan tegen een dergelijke ingreep, enerzijds omdat ze de uniciteit en de onafhankelijkheid van de regulerende instantie ten goede komt⁶¹ en

⁵⁸ Het ligt duidelijk in de bedoeling van de stellers van het ontwerp om enkel de inleidende zin van paragraaf 1 te vervangen en niet de hele paragraaf. Dit dient te worden verduidelijkt.

⁵⁹ Zie artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, van de elektriciteitswet.

⁶⁰ Artikel 44 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006.

⁶¹ Zie artikel 35, leden 1, 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG.

anderzijds omdat beter wordt aangesloten op de verhouding tussen de specifieke bevoegdheid van de regulerende instantie enerzijds en de algemene bevoegdheid van de mededingingsautoriteit anderzijds.⁶²

Artikel 48

81. Het ontworpen artikel 29^{quater}, § 1, van de elektriciteitswet voorziet in de mogelijkheid voor het Hof van Beroep te Brussel om de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen van “alle beslissingen van de [CREG] genomen in toepassing van de artikelen 12 tot 12^{novies}⁶³ waardoor de [CREG] de wet zou overtreden, het algemeen belang zou schaden of die in strijd zouden zijn met de richtsnoeren van ’s lands energiebeleid, met inbegrip van de doelstellingen van de regering betreffende energiebevoorrading van het land”.

Het opdragen aan een rechtscollege van de toetsing van beslissingen aan “het algemeen belang”, aan “richtsnoeren” en aan “doelstellingen van de regering” is bezwaarlijk in overeenstemming te brengen met het beginsel dat rechtscolleges zich niet uitspreken over de opportuniteit van een bepaalde overheidsbeslissing en dat zij die beslissing enkel toetsen op haar verenigbaarheid met rechtsregels en algemene rechtsbeginselen. De voormelde toetsingsgronden zijn dan wel gebruikelijk binnen het kader van een administratief beroep tegen de betrokken beslissing bij een bepaald overheidsorgaan, dat op grond van andere beleidsinzichten een nieuwe beslissing kan nemen, maar zij zijn niet op hun plaats binnen een jurisdictioneel beroep bij een rechtscollege zoals het hof van beroep.

Een jurisdictioneel beroep tegen beslissingen van de CREG in de vorm van een wettigheidstoetsing is aannemelijk en zelfs noodzakelijk. De door de ontworpen bepaling ingestelde toetsing van beslissingen van de CREG aan “het algemeen belang”, aan “richtsnoeren” en aan “doelstellingen van de regering”, of die nu plaatsvindt in het kader van een administratief of jurisdictioneel beroep, is evenwel onverenigbaar met het beginsel dat er voor elke lidstaat slechts één enkele nationale regulerende instantie bestaat (zie artikel 35, lid 1, van richtlijn 2009/72/EG). Het instellen van een instantie die na de beslissing van de CREG haar beslissingen kan herzien op opportuniteitsgronden, komt immers neer op het splitsen van de beslissingsmacht van de nationale regulerende instantie over twee instanties. De ontworpen regeling miskent bovendien artikel 35, leden 4 en 5, van de richtlijn, die de onafhankelijkheid van

⁶² Zie artikel 5 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

⁶³ Er moet worden opgemerkt dat artikel 21 van het ontwerp de opheffing beoogt van de artikelen 12^{sexies} tot 12^{novies} van de elektriciteitswet.

de regulerende instantie waarborgen. Deze opmerkingen klemmen des te meer nu, zoals ook wordt benadrukt in de memorie van toelichting, de regering een beroep kan instellen bij het hof van beroep om op de bovenvermelde gronden de tenuitvoerlegging van bepaalde beslissingen van de CREG te laten schorsen.

De conclusie is dat de bovenvermelde gronden dienen te worden weggelaten uit de ontworpen bepaling.

Artikel 57

82. Overeenkomstig het ontworpen artikel 31, eerste lid, van de elektriciteitswet kan de CREG elke in België gevestigde natuurlijke of rechtspersoon verplichten tot naleving van “specifieke bepalingen van deze wet, van de uitvoeringsbesluiten ervan, [van] de navolgende wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 21*bis* of van alle andere bepalingen waarvan zij de controle verzekert krachtens artikel 23, § 2, lid 2 (lees: tweede lid), 8° van deze wet binnen de termijn bepaald door de [CREG]”. Verder in het ontworpen artikel 31 wordt evenwel niet gepreciseerd welke “wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 21*bis*” precies worden bedoeld. Dit dient te worden verduidelijkt.

83. Het ontworpen artikel 31, eerste lid, van de elektriciteitswet voorziet in een administratieve geldboete die per kalenderdag niet lager kan zijn dan 1.240 euro en niet hoger dan 100.000 euro en die in totaal niet hoger mag zijn dan 2.000.000 euro of 3 procent van de omzet die de betrokken persoon heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt tijdens het laatste afgesloten boekjaar, indien dit laatste bedrag hoger is dan 2.000.000 euro.

Overeenkomstig artikel 37, lid 4, d), van richtlijn 2009/72/EG dient hetzij de regulerende instantie, hetzij de bevoegde rechtbank, op voorstel van de regulerende instantie, effectieve, evenredige en afschrikkende sancties op te leggen aan elektriciteitsbedrijven die hun verplichtingen niet naleven. Specifiek voor wat de transmissiesysteembeheerder en het verticaal geïntegreerd bedrijf⁶⁴ betreft, bedraagt die sanctie volgens de aangehaalde richtlijnbeepaling maximaal 10 procent van de jaaromzet. Aangezien de CREG volgens de thans ontworpen bepaling aan een netbeheerder of een (volgens de termen van de richtlijn) verticaal geïntegreerd bedrijf geen administratieve geldboete kan opleggen die hoger is dan 3 procent van de omzet,

⁶⁴ Naar luid van artikel 2, 21, van richtlijn 2009/72/EG is een verticaal geïntegreerd bedrijf een “elektriciteitsbedrijf of groep van elektriciteitsbedrijven waarin dezelfde persoon of dezelfde personen, direct of indirect, het recht hebben zeggenschap uit te oefenen en waarbij het bedrijf of groep van bedrijven ten minste één van de functies van transmissie of distributie en ten minste één van de functie van productie of levering van elektriciteit verricht”.

althans indien dit bedrag hoger is dan 2.000.000 euro, strookt de ontworpen bepaling in de aangegeven mate niet met de aangehaalde richtlijnbeeping. Dit moet worden verholpen.

II. Wijzigingen aan de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hoofdstuk III van het ontwerp)

Artikel 59

84. De bestaande definitie van de term “gasvervoer” in het huidige artikel 1, 7°, van de gaswet wordt bij artikel 59 van het ontwerp vervangen door een definitie van de term “vervoer”. Die definitie, die uitsluitend betrekking heeft op het vervoer van *aardgas*, spoort niet met artikel 2 van de gaswet, dat het toepassingsgebied ervan regelt en dat niet beperkt is tot aardgas. Overigens wordt in het ontworpen artikel 2, § 4, van de gaswet (artikel 60 van het ontwerp) uitdrukkelijk voorzien in het vervoer van biogas en andere gassoorten over het aardgasvervoersnet. Het lijkt dan ook aangewezen om de ontworpen definitie te verruimen tot andere gassoorten dan enkel aardgas.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de bestaande definitie van de term “aardgasvervoersnet” (huidig artikel 1, 10°*bis*, van de gaswet).

85. In het huidige artikel 1, 19°, van de gaswet dienen aan de bestaande definitie van de term “verwante onderneming” de woorden “en/of een onderneming die aan dezelfde aandeelhouders toebehoort” toegevoegd te worden, zodat deze definitie strookt met deze in artikel 2, 22, van richtlijn 2009/73/EG.

86. In het huidige artikel 1, 33° en 35°, van de gaswet zijn de bestaande definities van de term “beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas” respectievelijk “beheerder van de LNG-installatie” niet in overeenstemming met de definities ervan in artikel 2, 10 en 12, van richtlijn 2009/73/EG. Dit moet worden aangepast.

87. In het ontworpen artikel 1, 56°, 57° en 58°, van de gaswet worden respectievelijk de begrippen “gesloten industrieel net”, “beheerder van (een) gesloten industrieel net” en “gebruiker van een gesloten industrieel net” gedefinieerd. Deze bepalingen houden verband met de omzetting van artikel 28 van richtlijn 2009/73/EG.

Er wordt verwezen, *mutatis mutandis*, naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 2, 41°, 42° en 43°, van de elektriciteitswet (zie opmerkingen 7.10.1, 7.11 en 7.12 bij artikel 2 van het ontwerp).

88. In het ontworpen artikel 1, 59°, van de gaswet wordt verwezen naar “de eisen van onafhankelijkheid van artikel [lees: bedoeld in de artikelen] 8/3 tot 8/6 en 15/1 van deze wet”. De verwijzing naar artikel 15/1 van de gaswet dient evenwel te worden weggelaten, aangezien deze bepaling geen betrekking heeft op de onafhankelijkheid van de beheerders van het aardgasvervoersnet.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 65 van het ontwerp (ontworpen artikel 8, §§ 3, 4*bis*, 4*ter*, 4*quater* en 7).

89. In het ontworpen artikel 1, 59°, van de gaswet wordt verwezen naar artikel 8*bis* van dezelfde wet. Die bepaling bestaat niet en wordt ook niet ingevoegd bij de ontworpen regeling. Wellicht wordt een verwijzing naar het ontworpen artikel 8, § 4*quater*, van de gaswet bedoeld.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 65 (ontworpen artikel 8, §§ 4*quinqüies* en 7) en 90 (ontworpen artikel 15/14, § 2, tweede lid, 26°) van het ontwerp. In de laatstgenoemde bepaling wordt overigens ook verkeerdelijk verwezen naar artikel 8*ter* van de gaswet.

90. In het ontworpen artikel 1, 61°, van de gaswet dient verwezen te worden naar de internrechtelijke bepalingen die de erin vermelde richtlijnbepalingen hebben omgezet, niet naar die richtlijnbepalingen zelf.

Artikel 60

91. In het huidige artikel 2, § 1, 1°, van de gaswet moet de term “distributieondernemingen” vervangen worden door de term “distributienetbeheerders”, gelet op de invoering van de laatstgenoemde term in het ontworpen artikel 1, 13°, van de gaswet.

92. In het ontworpen artikel 2, § 4, van de gaswet dient de term “aardgasvervoersnet” (zie het huidige artikel 1, 10°bis van de gaswet) gebruikt te worden in plaats van de term “aardgasnet”.

Artikel 65

93. Voor wat betreft de keuze in het huidige artikel 8, § 1, van de gaswet om voor het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie telkens in één distributienetbeheerder te voorzien, wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerking bij artikel 8, § 1, eerste lid, van de elektriciteitswet (zie opmerking 13 bij artikel 9 van het ontwerp).

Alleszins moet de aandacht van de stellers van het ontwerp worden gevestigd op de huidige bepalingen in de gaswet met betrekking tot de Interconnector Zeebrugge Terminal (IZT) en de Zeepipe Terminal (ZPT). Naar luid van het huidige artikel 15/1, § 4, van de gaswet worden deze installaties niet beheerd door de distributienetbeheerders, maar worden zij beheerd “samen met de upstream-installaties waarvan zij integraal deel uitmaken overeenkomstig de internationale verdragen”. Artikel 25 van dezelfde wet bepaalt dat de hoofdstukken IVter en IVquater niet van toepassing zijn op deze installaties op Belgisch grondgebied. Aangezien deze installaties tot het transmissienet op Belgisch grondgebied behoren, dienen zij ook te worden ondergebracht bij een netbeheerder naar Belgisch recht. De aangehaalde wetsbepalingen moeten worden herzien in het licht van deze opmerking.

94. Voor wat betreft de verplichting tot certificering van de transmissienetbeheerders door de regulerende instanties wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 10 van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 22 tot 28 bij artikel 14 van het ontwerp).⁶⁵

Artikel 66

95. De inleidende zin onder het vierde gedachtestreepje redigere men als volgt: “Er worden een § 1/2 en een § 1/3 toegevoegd, luidend als volgt:”.

⁶⁵ Daarbij moeten in de opmerkingen 22 en 24 de verwijzingen naar artikel 10 van richtlijn 2009/72/EG telkens gelezen worden als verwijzingen naar artikel 10 van richtlijn 2009/73/EG, dienen in de opmerkingen 26 en 28 de verwijzingen naar artikel 11 van richtlijn 2009/72/EG telkens te worden gelezen als verwijzingen naar artikel 11 van richtlijn 2009/73/EG, en dient in opmerking 26 de verwijzing naar artikel 2, 34, van richtlijn 2009/72/EG te worden gelezen als een verwijzing naar artikel 2, 36, van richtlijn 2009/73/EG.

Artikel 67

96. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 8/5*bis*, eerste lid, van de gaswet schrijve men “vrijgegeven” in plaats van “bekendgemaakt”, teneinde aan te sluiten bij de Nederlandse tekst van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2009/73/EG.

97. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 8/5*bis*, tweede lid, schrijve men: “De beheerders bezorgen geen van de bovengenoemde informatiegegevens aan bedrijven die werkzaam zijn in de productie en de levering van aardgas”.

98. Het ontworpen artikel 8/5*bis*, vierde lid, redigere men als volgt, gelet op artikel 16, lid 2, van richtlijn 2009/73/EG: “... die zij van derden hebben verkregen in het kader van de verlening van of onderhandelingen over toegang tot het aardgasvervoersnet”.

Artikel 68

99. In het ontworpen artikel 8/6 van de gaswet wordt verwezen naar artikel 8*bis* van dezelfde wet. Die bepaling bestaat niet en wordt ook niet ingevoegd bij de ontworpen regeling. Uit de memorie van toelichting blijkt dat een verwijzing naar het ontworpen artikel 8/5*bis* van de gaswet wordt bedoeld.

Artikel 72

100. In de inleidende zin van artikel 72 van het ontwerp dient gepreciseerd te worden dat een artikel 15/4*bis* wordt ingevoegd in hoofdstuk IV*bis* van de gaswet.

Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen 73 en 74 van het ontwerp (invoeging van de artikelen 15/4*ter* en 15/4*quater* in hoofdstuk IV*bis* van de gaswet).

101. Om aan te sluiten bij artikel 3, lid 6, van richtlijn 2009/73/EG dient in het ontworpen artikel 15/4*bis*, eerste en tweede lid, de term “eindafnemers” telkens vervangen te worden door de term “afnemers”.

Artikel 74

102. De Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 15/4*quater*, tweede lid, van de gaswet kan nauwer aansluiten bij de bewoordingen van artikel 44, lid 2, van richtlijn 2009/73/EG.

103. In de tweede zin van het ontworpen artikel 15/4*quater*, derde lid, van de gaswet dienen de woorden “Deze paragraaf” te worden vervangen door “Dit lid”. In de derde zin van dat derde lid dienen de woorden “eerste lid van deze paragraaf” te worden vervangen door de woorden “eerste lid”.

In de tweede en de derde zin van het ontworpen artikel 15/4*quater*, derde lid, moet verwezen worden, niet naar richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, “zoals deze naar Belgisch recht is omgezet”, maar specifiek naar de internrechtelijke bepalingen waarmee die richtlijn is omgezet.

104. Het ontworpen artikel 15/4*quater*, vierde lid, beoogt de omzetting van artikel 44, lid 5, van richtlijn 2009/73/EG. De bewoordingen van dat lid kunnen beter afgestemd worden op die van de richtlijn.

Artikelen 75 en 76

105. De ontworpen artikelen 15/5*bis* en 15/5*ter* van de gaswet (artikelen 75 en 76 van het ontwerp) bevatten vrij gelijklopende regimes voor het vaststellen van de tariefmethodologie en het goedkeuren van de tarieven voor respectievelijk de aardgasvervoernetbeheerder, de aardgasopslaginstallatiebeheerder en de LNG-installatiebeheerder (artikel 15/5*bis*) en de distributienetbeheerders (artikel 15/5*ter*).

Die bepalingen moeten worden getoetst aan artikel 41, lid 6, a), van richtlijn 2009/73/EG. Volgens die laatste bepaling behoort de bevoegdheid tot het vaststellen of het goedkeuren van de tarieven, of ten minste van de tariefmethodologie, tot de bevoegdheid van de regulerende instanties.

Er wordt verwezen, *mutatis mutandis*, naar de opmerkingen bij de parallelle artikelen 12 en 12*bis* van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 30 tot 35 bij de artikelen 16 en 17 van het ontwerp).⁶⁶

Artikel 77

106. Het ontworpen artikel 15/5*quater* van de gaswet voorziet in een bijzondere motiverings- en openbaarheidsplicht met betrekking tot de tariefbeslissingen van de CREG.

Er wordt verwezen, *mutatis mutandis*, naar de opmerking bij het parallelle artikel 12*ter* van de elektriciteitswet (zie opmerking 36 bij artikel 18 van het ontwerp).⁶⁷

Artikel 78

107. Voor wat betreft de vaststelling van de transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 12*quater* van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 37 tot 38.3 bij artikel 19 van het ontwerp).⁶⁸

Artikel 84

108. Het ontworpen artikel 15/9*bis* van de gaswet bevat een regeling in verband met de gesloten industriële netten.

Er wordt herinnerd aan hetgeen hiervoor in verband met de bevoegdheid van de federale overheid is opgemerkt: die overheid is bevoegd voor de erkenning en het beheer van gesloten netten die uitsluitend op het vervoersnet van aardgas zijn aangesloten, en die overheid is

⁶⁶ Daarbij moet in opmerking 32 de verwijzing naar artikel 35, lid 5, a), van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als een verwijzing naar artikel 39, lid 5, a), van richtlijn 2009/73/EG, moet in opmerking 33 de verwijzing naar artikel 37, lid 10, van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als een verwijzing naar artikel 41, lid 10, van richtlijn 2009/73/EG, en moeten in opmerking 34 de verwijzingen naar de artikelen 35, 36 en 37 van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als verwijzingen naar de artikelen 39, 40 en 41 van richtlijn 2009/73/EG.

⁶⁷ Daarbij moet de verwijzing naar artikel 37, lid 16, van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als een verwijzing naar artikel 41, lid 16, van richtlijn 2009/73/EG.

⁶⁸ Daarbij moeten de verwijzingen naar artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG telkens gelezen worden als verwijzingen naar artikel 41 van richtlijn 2009/73/EG.

ook bevoegd inzake de tarieven voor alle gesloten netten, ongeacht het net waarop ze zijn aangesloten (zie opmerking 5, in verband met de bevoegdheid van de federale overheid).

109. Voorts wordt verwezen, *mutatis mutandis*, naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 18*bis* van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 51 tot 55 bij artikel 26 van het ontwerp).⁶⁹

110. Ten slotte moeten nog twee opmerkingen van eerder formele aard worden gemaakt.

In de inleidende zin van artikel 84 dient gepreciseerd te worden dat een artikel 15/9*bis* wordt ingevoegd bij hoofdstuk IV*ter* van de gaswet.

Voorts wordt volgens het ontworpen artikel 15/9*bis*, § 2, eerste lid, van de gaswet een afwijking verleend op onder meer de artikelen “15/3 tot 15/5*novies*”, terwijl in de opheffing van de artikelen 15/5*sexies* tot 15/5*decies* van de gaswet wordt voorzien bij artikel 79 van het ontwerp.

Artikel 85

111. Voor wat betreft het ontworpen mechanisme om de volatiliteit van de energieprijzen voor de levering van gas aan huishoudelijke afnemers en KMO's te beperken wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 20*bis* van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 56 tot 59.6 bij artikel 29 van het ontwerp; opmerking 57.2.3 kan echter niet gelden voor de ontworpen wijziging van de gaswet).⁷⁰

⁶⁹ Daarbij moeten in de opmerkingen 52 en 53.1 de verwijzingen naar artikel 28 van richtlijn 2009/72/EG telkens gelezen worden als verwijzingen naar artikel 28 van richtlijn 2009/73/EG.

⁷⁰ Daarbij moeten in opmerking 56 de verwijzingen naar artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/72/EG telkens worden gelezen als verwijzingen naar artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/73/EG, moet in opmerking 56 de verwijzing naar onderdeel 1, g), van bijlage I bij richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als een verwijzing naar onderdeel 1, g), van bijlage I bij richtlijn 2009/73/EG, moeten in de opmerkingen 56, 58, 58.1, 58.3 en 59.6 de verwijzingen naar artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG telkens gelezen worden als verwijzingen naar artikel 41 van richtlijn 2009/73/EG, en moeten in de opmerkingen 58, 58.1 en 58.3 de verwijzingen naar artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG telkens gelezen worden als verwijzingen naar artikel 39, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/73/EG.

Daarbij dient overigens te worden opgemerkt dat in het ontworpen artikel 15/10*bis* van de gaswet herhaaldelijk ten onrechte “elektriciteit” wordt vermeld in plaats van “aardgas”, kennelijk omdat de voormelde ontworpen bepaling van de elektriciteitswet op onzorgvuldige wijze werd overgenomen.

Artikel 87

112. In het derde en het vierde streepje van artikel 87 van het ontwerp moeten de verwijzingen naar “§ 1, lid 3” en “§ 1, lid 4” van artikel 15/11 van de gaswet vervangen worden door verwijzingen naar respectievelijk “§ 1, vierde lid” en “§ 1, vijfde lid”.

Artikel 90

113. Artikel 90 van het ontwerp voorziet in de wijziging van artikel 15/14 van de gaswet.

Er wordt verwezen, *mutatis mutandis*, naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 23 van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 61 tot 65 en 67 bij artikel 36 van het ontwerp).⁷¹

Artikel 91

114. Het ontworpen artikel 15/14*quater* van de gaswet bevat bepalingen in verband met de samenwerking van de CREG met de reguleringsinstanties van de andere lidstaten van de Europese Unie en het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) (§ 1), en met de gewestelijke reguleringsinstanties (§ 3).

⁷¹ Daarbij moet in opmerking 61 de verwijzing naar artikel 36, g), van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als een verwijzing naar artikel 40, g), van richtlijn 2009/73/EG, moeten in opmerking 63 de verwijzingen naar artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als verwijzingen naar artikel 41 van richtlijn 2009/73/EG, moeten in de opmerkingen 64 en 65 de verwijzingen naar de artikelen 35, lid 4, b), ii), en 37 van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als verwijzingen naar de artikelen 39, lid 4, b), ii), en 41 van richtlijn 2009/73/EG, en moet in opmerking 67 de verwijzing naar artikel 35, lid 4, b), van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als een verwijzing naar artikel 39, lid 4, b), van richtlijn 2009/73/EG.

Er wordt verwezen, *mutatis mutandis*, naar de opmerking bij het parallelle artikel 23^{quater} van de elektriciteitswet (zie opmerking 68 bij artikel 37 van het ontwerp).⁷²

Artikel 93

115. Het bestaande artikel 15/17 van de gaswet verwijst naar de bemiddelings- en arbitragedienst bedoeld in artikel 28 van de elektriciteitswet.⁷³ Bij artikel 93 van het ontwerp wordt voorzien in de wijziging van dat artikel 15/17. Het hele artikel 15/17 moet thans getoetst worden aan de bepalingen van artikel 41 van richtlijn 2009/73/EG.

Volgens de vigerende, niet-gewijzigde bepalingen van artikel 15/17 van de gaswet is de bemiddelings- en arbitragedienst bevoegd inzake “geschillen betreffende vervoers- en leveringsaangelegenheden”, welke geschillen “met name de toegang tot het aardgasvervoersnet, de aardgasopslaginstallaties of de LNG-installaties, de upstreaminstallaties of de toepassing van de gedragscode en de tarieven bedoeld in de artikelen 15/5 tot 15/5^{decies}⁷⁴ [kunnen] betreffen”. Gelet op het parallellisme met artikel 28 van de elektriciteitswet moet worden aangenomen dat het gaat om geschillen met een aardgasbedrijf, die aan een orgaan van de CREG ter beslechting kunnen worden voorgelegd.⁷⁵ Aldus blijkt de bemiddelings- en arbitragedienst zich in te laten met de klachten bedoeld in artikel 41, lid 11, van richtlijn 2009/73/EG.

Er wordt verwezen naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 28 van de elektriciteitswet (opmerkingen 75 en 76 bij artikel 43 van het ontwerp).

Artikel 94

116. Het ontworpen artikel 15/18 van de gaswet verwijst naar de Geschillenkamer bedoeld in artikel 29 van de elektriciteitswet.

⁷² Daarbij moeten de verwijzingen naar artikel 35, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG gelezen worden als verwijzingen naar artikel 39, lid 2, van richtlijn 2009/73/EG.

⁷³ In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 15/17 van de gaswet wordt gewag gemaakt van de “arbitrage- en bemiddelingsdienst”. Uiteraard moet in alle bepalingen van de gaswet voor hetzelfde orgaan telkens exact dezelfde benaming gebruikt worden.

⁷⁴ Er moet worden opgemerkt dat artikel 79 van het ontwerp de opheffing beoogt van de artikelen 15/5^{sexies} tot 15/5^{decies} van de gaswet.

⁷⁵ Memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen, *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-1786/1, p. 90.

Volgens het ontworpen artikel 15/18 van de gaswet beslist de Geschillenkamer over “geschillen tussen de netgebruikers en de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de aardgasopslaginstallatie, de beheerder van de LNG-installatie of de beheerder van een gesloten industrieel net, die betrekking hebben op de verplichtingen die krachtens deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan aan deze beheerders zijn opgelegd, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verplichtingen”. Aldus blijkt de Geschillenkamer zich in te laten met de klachten bedoeld in artikel 41, lid 11, van richtlijn 2009/73/EG.

Voor het overige wordt verwezen naar de opmerking bij het parallelle artikel 29 van de elektriciteitswet (opmerking 77 bij artikel 45 van het ontwerp).

Artikel 96

117. Voor wat betreft de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel met betrekking tot de beslissingen van de CREG wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerking bij het parallelle artikel 29bis, § 1, van de elektriciteitswet (zie opmerking 79 bij artikel 46 van het ontwerp).

Artikel 97

118. Voor wat betreft de schrapping van de beroepsmogelijkheid bij de Raad voor de Mededinging wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerking bij het huidige artikel 29ter van de elektriciteitswet (zie opmerking 80 bij artikel 47 van het ontwerp).

Artikel 98

119. Voor wat betreft de omvang van de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van beslissingen van de CREG wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerking bij het parallelle artikel 29quater, § 1, van de elektriciteitswet (zie opmerking 81 bij artikel 48 van het ontwerp).⁷⁶

⁷⁶ Daarbij moeten de verwijzingen naar artikel 35 van richtlijn 2009/72/EG telkens gelezen worden als verwijzingen naar artikel 39 van richtlijn 2009/73/EG.

Artikel 108

120. Voor wat betreft de sancties met betrekking tot de naleving van de bepalingen van de gaswet en haar uitvoeringsbesluiten wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerkingen bij het parallelle artikel 31, eerste lid, van de elektriciteitswet (zie de opmerkingen 82 en 83 bij artikel 57 van het ontwerp).⁷⁷

⁷⁷ Daarbij dient in opmerking 83 de verwijzing naar artikel 37, lid 4, d), van richtlijn 2009/72/EG gelezen te worden als een verwijzing naar artikel 41, lid 4, d), van richtlijn 2009/73/EG.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	J. VAN NIEUWENHOVE,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de Heren P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd en T. CORTHAUT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS

P. LEMMENS

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 49.570/3
DU 31 MAI 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de l'Énergie, le 22 avril 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 15 juin 2011, sur un avant-projet de loi « 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 », après avoir examiné l'affaire en ses séances des 23 mai 2011 et 31 mai 2011, a donné l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : loi sur l'électricité) (articles 2 à 58 du projet) et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : loi sur le gaz) (articles 59 à 109 du projet).

Le projet poursuit la transposition, en ce qui concerne les matières relevant de la compétence de l'autorité fédérale, de la 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, et de la 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. Par ailleurs, il arrête également des mesures en vue de l'exécution des règlements suivants : règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003, et règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005. Toutes les directives et tous les règlements visés font partie de ce que l'on appelle le « troisième paquet énergie ».

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

Le projet contient également des dispositions transposant la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE.

Comme l'indique l'exposé des motifs, les mesures en projet concernent notamment les thèmes suivants :

- la séparation des activités de production et de fourniture des activités de gestionnaire de réseau;
- la composition, les objectifs, les tâches et les compétences du régulateur de l'énergie, à savoir la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz, en abrégé la CREG;
- la protection des consommateurs d'électricité et de gaz naturel, notamment par l'instauration d'un mécanisme de protection des clients résidentiels et des PME contre la volatilité des prix de l'électricité et du gaz;
- la promotion de la production d'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables ou par cogénération de qualité;
- les réseaux fermés industriels.

COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ FÉDÉRALE

3. Il ressort de l'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que le législateur spécial a conçu la politique de l'énergie comme une compétence exclusive partagée entre l'autorité fédérale et les régions. En principe, les dispositions du projet à l'examen peuvent s'inscrire dans la compétence de l'autorité fédérale.

En ce qui concerne l'électricité, les régions sont compétentes pour « la distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts » (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980). *A contrario*, il en résulte que l'autorité fédérale est demeurée compétente en matière de distribution et de transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est supérieure à 70.000 volts. Il s'agit ici du transport sur les réseaux de haute tension et de très haute tension. En outre, la compétence concernant « les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national », notamment « le transport et la production de l'énergie », est réservée à l'autorité fédérale (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980).

En ce qui concerne le gaz, les régions sont compétentes pour « la distribution publique du gaz » (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), de la loi spéciale du 8 août 1980). Toutefois, la compétence susvisée de l'autorité fédérale concernant « le transport et la production de l'énergie » s'applique également au gaz. La distinction entre la « distribution publique du gaz » et le « transport » sera examinée ci-après (voir l'observation 5).

Enfin, la compétence en matière de tarifs est réservée à l'autorité fédérale (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980).

4. En ce qui concerne les modifications de la loi sur l'électricité, les dispositions relatives à ce qu'il convient d'appeler les réseaux fermés industriels (article 18*bis* en projet de la loi sur l'électricité - article 26 du projet) méritent une attention particulière du point de vue de la répartition des compétences.

Dans l'avis 49.336/3 donné récemment sur un projet de décret transposant la directive 2009/72/CE et 2009/73/CE dans le droit de la Région flamande, le Conseil d'État a défini de la manière suivante la répartition des compétences en ce qui concerne les réseaux fermés de distribution :

« Wat de distributie van elektriciteit door [distributienetwerken] betreft, brengt de Raad van State in herinnering dat de gewesten alleen bevoegd zijn voor die netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt. De federale overheid is daarentegen bevoegd voor netten waarvan de spanning hoger ligt dan 70.000 volt. Om de overheid te bepalen die bevoegd is om dienaangaande normerend op te treden, is dus de nominale spanning van het [betrokken] net bepalend. Zo zal bijvoorbeeld, zoals in de memorie van toelichting terecht wordt opgemerkt, voor een gesloten distributienet de spanning op het deel van dit net waarop de distributie aan de achterliggende afnemers plaatsvindt, bepalen welke overheid bevoegd is. Aldus opgevat, blijft de ontworpen regeling op dit punt binnen de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest. »²

Cette analyse est quelque peu nuancée dans la note infrapaginale 4 de cet avis :

« Bij de uitoefening van zijn bevoegdheid zal het Vlaamse Gewest vanzelfsprekend rekening moeten houden met de bevoegdheid van de federale overheid. Hoewel het Vlaamse Gewest bevoegd is voor gesloten distributienetwerken waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt, dient het er rekening mee te houden dat de federale overheid ook maatregelen kan nemen en verplichtingen kan opleggen aan deze gesloten netwerken indien en voor zover zij de werking van het transmissienet boven de 70.000 volt beïnvloeden. »

² Avis 49.336/3 du 22 mars 2011 sur un projet de décret « houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG », *Doc. parl.*, Vl. Parl., 2010-2011, n° 1147/1, (129), p. 134, n° 3.1.

En principe, les réseaux fermés de distribution visent - comme le nom le laisse penser - la « distribution » d'électricité et il s'agit donc d'une activité qui, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980, relève de la compétence régionale.

Toutefois, comme l'indique l'exposé des motifs, il existe également des réseaux fermés d'une tension supérieure à 70.000 volts qui sont raccordés au réseau de transport. De tels réseaux peuvent être des « réseaux fermés de distribution » au sens de l'article 28 de la directive 2009/72/CE, dès lors que selon l'article 2, 5, de la directive, la « distribution » peut notamment concerner le transport d'électricité sur des réseaux de distribution à haute tension (mais pas sur des réseaux de très haute tension). Le transport d'électricité sur des réseaux de haute tension dont la tension est supérieure à 70.000 volts relève, en droit belge, de la compétence de l'autorité fédérale. C'est assurément pour éviter que le terme « réseau fermé de distribution » soit associé à la compétence des régions en matière de « distribution » d'électricité (au sens de ce mot en droit belge) que les auteurs du projet n'ont pas utilisé le terme « réseau fermé de distribution » mais le terme plus général « réseau fermé industriel » (voir notamment la définition à l'article 2, 41°, en projet, de la loi sur l'électricité - article 2 du projet).³ Le régime relatif à l'agrément et à la gestion de tels réseaux fermés industriels dont la tension est supérieure à 70.000 volts relève de la compétence de l'autorité fédérale.⁴

Par ailleurs, l'autorité fédérale est compétente en matière de tarifs pour tous les réseaux fermés industriels, quelle que soit la tension sur le réseau, y compris donc pour les réseaux fermés de distribution qui, pour le surplus, s'inscrivent dans la compétence des régions.

L'article 18*bis*, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité (article 26 du projet) contient des dispositions relatives à l'octroi de la qualité de gestionnaire de réseau industriel fermé. Tant la mesure transitoire prévue à l'alinéa 1^{er} que la nouvelle disposition inscrite à l'alinéa 2 prévoient comme condition que le gestionnaire de réseau doit être propriétaire ou utilisateur d'un « réseau fermé industriel raccordé exclusivement au réseau de transport à une tension nominale supérieure à 70 kilovolts ». Dès lors que l'autorité fédérale est compétente pour

³ La directive 2009/72/CE fait uniquement mention de « réseaux fermés de distribution » (article 28). La directive ne prévoit toutefois pas que seul un réseau fermé raccordé à un réseau de distribution peut être regardé comme un « réseau fermé de distribution ». On ne peut évidemment pas en inférer que les réseaux fermés ne sont concevables qu'au niveau de la distribution et non à celui du transport. Il est incontestable que la directive doit être interprétée en ce sens que les dispositions de l'article 28 peuvent également s'appliquer aux réseaux fermés raccordés à un réseau de transport.

⁴ Sur la base de cette compétence, l'autorité fédérale peut notamment définir les exigences techniques du réseau. Elle peut également régler les exemptions, conformément aux articles 26, paragraphe 4, et 28, paragraphe 2, a), de la directive 2009/72/CE.

tous les réseaux dont la tension est supérieure à 70.000 volts, que le réseau soit raccordé au réseau de transport ou à un réseau de distribution, il vaut mieux omettre la condition du raccordement au réseau de transport.

À première vue, les dispositions de l'article 18*bis*, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité s'appliquent aux « gestionnaires de réseaux fermés industriels », sans autre précision (voir la phrase introductive du paragraphe 2). Il se déduit toutefois du paragraphe 2, d), 3°, et e), 2°, en projet, que les auteurs du projet considèrent que ce paragraphe 2 ne vaut, lui aussi, que pour les réseaux fermés industriels raccordés au réseau de transport. Les dispositions de l'article 18*bis*, § 2, en projet, concernent l'agrément et la gestion de tels réseaux (paragraphe 2, a) à c) et e) à h), en projet), ainsi que les principes tarifaires et les tarifs que doit appliquer le gestionnaire de réseau (paragraphe 2, d), en projet). Comme il a déjà été signalé ci-dessus, les dispositions relatives à l'agrément et à la gestion devraient en effet s'appliquer aux réseaux fermés industriels dont la tension est supérieure à 70.000 volts, sans qu'il doive être exigé que ces réseaux soient raccordés au réseau de transport. Par contre, les dispositions relatives aux principes tarifaires et aux tarifs peuvent s'appliquer à tous les réseaux fermés industriels, y compris à ceux dont la tension est inférieure à 70.000 volts ou qui sont raccordés à un réseau de distribution. Comme il sera précisé ci-après lors de l'examen de l'article 26, il est même logique que l'article 18*bis*, § 2, d), en projet, soit complété par des dispositions concernant les réseaux fermés de distribution agréés par les régions (observation 53.2). Le paragraphe 2 en projet devrait être réécrit pour délimiter clairement les champs d'application respectifs.

5. En ce qui concerne également les modifications de la loi sur le gaz, les dispositions relatives aux réseaux fermés industriels (article 15/9*bis* en projet de la loi sur le gaz - article 84 du projet) méritent une attention particulière du point de vue de la répartition des compétences.

Alors que la compétence des régions en matière de distribution d'électricité est limitée à la distribution d'électricité d'une tension maximale de 70.000 volts, l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), de la loi spéciale du 8 août 1980 ne prévoit pas de plafond pour la distribution publique du gaz. Il ressort des travaux préparatoires de cette disposition que la distribution de gaz vise « l'activité qui a pour objet de fournir du gaz au moyen de conduites à des consommateurs établis sur le territoire d'une commune ou de plusieurs communes limitrophes ayant conclu entre elles un accord en vue de la fourniture de gaz, à l'exception des fournitures de gaz que les détenteurs d'une licence ou d'une autorisation de transport de gaz sont autorisés à effectuer en

vertu de la loi ».⁵ Cette définition semble répondre à la définition de « distribution [de gaz] » inscrite à l'article 2, 5, de la directive 2009/73/CE : « le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de réseaux locaux ou régionaux de gazoducs aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture ».

L'article 1^{er}, 12°, de la loi sur le gaz transpose cette définition comme suit : « l'activité ayant pour objet de fournir du gaz, par la voie de réseaux locaux de canalisations, à des clients établis sur le territoire d'une ou plusieurs communes déterminées, mais ne comprenant pas la fourniture ».

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980, l'autorité fédérale est compétente en matière de « transport » de gaz. Il ressort des travaux préparatoires de cette disposition que cette dernière vise plus particulièrement « le réseau de transport de Distrigaz »⁶. Pour définir la notion de « transport » dans la loi sur le gaz, les auteurs du projet s'inspirent de la définition inscrite dans la directive 2009/73/CE, à savoir « le transport de gaz naturel via un réseau principalement constitué de gazoducs à haute pression, autre qu'un réseau de gazoducs en amont et autre que la partie des gazoducs à haute pression utilisée principalement pour la distribution du gaz naturel au niveau local, aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture » (article 1^{er}, 7°, en projet, de la loi sur le gaz - article 59 du projet; voir aussi l'article 2, 3, de la directive 2009/73/CE). Sans qu'il soit nécessaire de vérifier si cette définition recouvre intégralement la notion de « transport » telle qu'elle est utilisée dans la loi spéciale du 8 août 1980, on peut admettre qu'en tout état de cause, le transport visé dans la définition précitée est compris dans cette notion.

Les réseaux fermés industriels raccordés à un réseau de distribution entrent dans la compétence des régions. Le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de tels réseaux répond à la définition de « distribution », inscrite à l'article 2, 5, de la directive 2009/73/CE, et en vertu de l'article 28 de cette directive, les régions peuvent donc exempter ces réseaux de certaines obligations. Par contre, les réseaux fermés industriels raccordés au réseau de transport relèvent de la compétence de l'autorité fédérale. Le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de tels réseaux fermés répond à la définition de « transport », visée à l'article 2, 3, de la directive 2009/73/CE et non à celle de « distribution », visée à l'article 2, 5, de la directive. Il

⁵ Déclaration du Vice-Premier Ministre et Ministre des Réformes institutionnelles (N) lors de la discussion du projet devenu la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980, rapport fait au nom de la Commission, *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/6, p. 144. Les mots « de la loi » visent manifestement la loi sur le gaz du 12 avril 1965.

⁶ Déclaration précitée du Vice-Premier Ministre et Ministre des Réformes institutionnelles (N), p. 145. Voir Cour constitutionnelle, n° 21/2005, 26 janvier 2005, B.4.

s'ensuit que pour les réseaux fermés industriels qui relèvent de sa compétence, l'autorité fédérale ne peut se prévaloir de l'article 28 de la directive pour les exempter de certaines obligations.

L'autorité fédérale est néanmoins compétente en matière de tarifs, même pour les réseaux fermés industriels qui sont de la compétence des régions.

L'article 15/9*bis*, en projet, de la loi sur le gaz doit dès lors être remanié en profondeur. Les paragraphes 1^{er} et 2, a) à c) et e) à h), qui concernent l'octroi de la qualité de gestionnaire d'un réseau fermé industriel ainsi que l'agrément et la gestion, demeurent dans les limites de la compétence de l'autorité fédérale, du fait qu'ils s'appliquent uniquement aux réseaux fermés industriels qui sont exclusivement raccordés au réseau de transport. Les auteurs du projet devront toutefois vérifier dans quelle mesure ces dispositions se concilient avec les dispositions de la directive 2002/73/CE relatives au transport de gaz naturel. Comme il a été indiqué, ils ne peuvent se prévaloir de l'article 28 de la directive concernant les réseaux fermés de « distribution ». Le paragraphe 2, d), de l'article 15/9*bis* en projet de la loi sur le gaz porte sur les tarifs. Le texte de cette disposition prévoit qu'elle ne s'applique, elle aussi, qu'aux réseaux fermés industriels raccordés au réseau de transport. Par analogie avec les observations qui seront formulées à propos de l'article 18*bis*, § 2, d), en projet, de la loi sur l'électricité, il serait toutefois logique que l'article 15/9*bis*, § 2, d), en projet, de la loi sur le gaz s'applique également aux réseaux fermés de distribution agréés par les régions (voir l'observation 53.2 concernant l'article 26 du projet, lue en combinaison avec l'observation 109 relative à l'article 84 du projet).

6. Enfin, il convient d'observer que l'autorité fédérale est territorialement compétente pour régler les parcs à éoliennes en Mer du Nord, nonobstant les compétences régionales en matière de sources nouvelles d'énergie (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), de la loi spéciale du 8 août 1980). En effet, les régions ne sont habilitées à régler les matières qui leur sont dévolues que dans les limites de leur sphère de compétence territoriale, qui est définie à l'article 3 de la Constitution. Il n'est pas en leur pouvoir d'édicter des règles concernant les territoires situés en dehors de leur sphère de compétence territoriale. En vertu de la compétence résiduelle dont il dispose à cet égard, c'est en effet au législateur fédéral qu'il appartient d'établir de telles règles.

Il revient dès lors à l'autorité fédérale d'étendre la définition de la notion de « réseau de transport » au « transport [de l']électricité échangée sur le réseau situé dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction » (article 2, 7°, en projet, de la loi sur l'électricité - article 2 du projet).

EXAMEN DU TEXTE

I. Modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (chapitre II du projet)

Article 2

7. Certaines des définitions inscrites à l'article 2 en projet de la loi sur l'électricité ne satisfont pas pleinement à la directive 2009/72/CE ou sont basées sur une terminologie entre-temps dépassée. En soi, il n'est pas contraire à la directive de ne pas reproduire sa terminologie, mais si un terme ancien déterminé est maintenu⁷, la définition de celui-ci doit recevoir le même contenu que celui que la directive donne au nouveau terme.

En outre, les auteurs du projet ne doivent pas oublier qu'en plus de la directive, il existe ou existera encore un certain nombre de règles de droit européen qui n'utilisent ou n'utiliseront que la terminologie de la directive. Par souci de transparence et de lisibilité des règles de droit européen et de droit interne, considérées conjointement, on ne peut que recommander, dès lors, de reproduire intégralement la terminologie de la directive. Le fait qu'un certain nombre d'arrêtés d'exécution utilisent l'ancienne terminologie ne pose aucun problème, dès lors que la plupart d'entre eux devront de toutes façons être abrogés ou modifiés à la suite de l'adoption de la réglementation en projet.

7.1. Le texte néerlandais de l'article 2, 7° et 11°, en projet, de la loi sur l'électricité emploie le terme « interconnectie ». Cette formulation prête à confusion, dès lors que le terme « interconnector », qui est défini dans le texte néerlandais de l'article 2, 13, de la directive 2009/72/CE, est transposé dans le texte néerlandais de la loi sur l'électricité par le terme « koppellijnen » (voir l'article 2, 7°bis, actuel de la loi sur l'électricité). Soit on intégrera le terme « interconnector » dans toutes les dispositions du texte néerlandais de la loi sur l'électricité, soit on utilisera systématiquement le terme « koppellijn », y compris à l'article 2, 7° et 11°, en projet.

7.2. La définition du terme « distribution » à l'article 2, 10°, actuel de la loi sur l'électricité n'est pas conforme à la définition qu'en donne l'article 2, 5, de la directive 2009/72/CE. Elle devra être adaptée.

⁷ Comme par exemple, dans le texte néerlandais, le terme « koppellijnen » (voir l'article 2, 7°bis, de la loi sur l'électricité) au lieu du terme « interconnector » (voir l'article 2, 13, de la directive 2009/72/CE). Voir également à ce sujet l'observation 7.1.

7.3. La définition du terme « client » à l'article 2, 13°, en projet, de la loi sur l'électricité ne correspond pas à l'article 2, 7, de la directive 2009/72/CE. Le fait que des gestionnaires de réseau puissent acheter de l'électricité ne justifie pas leur assimilation à des clients, et ce indépendamment de la définition différente de la directive. Les auteurs du projet doivent reproduire cette dernière définition.

La phrase ajoutée (« Tout client final est un client éligible ») n'est pas à sa place dans la disposition en projet. En outre, cette phrase fait double emploi avec ce que prévoit déjà l'article 16 actuel de la loi sur l'électricité.

7.4. La définition de « fournisseur » dans l'actuel article 2, 15°*bis*, de la loi sur l'électricité et la nouvelle définition de « fourniture » dans l'article 2, 15°*quater*, en projet, de la loi sur l'électricité présentent des discordances. En effet, la première définition fait encore mention du terme « client final », ce qui en exclut à tort les clients grossistes⁸.

7.5. La définition du « client protégé résidentiel » à l'article 2, 16°*quater*, en projet, de la loi sur l'électricité fait notamment référence à l'arrêté ministériel du 30 mars 2007 portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture de gaz aux clients résidentiels protégés à revenus modestes ou à situation précaire. Indépendamment du fait qu'il soit fait référence à tort à une réglementation relative au secteur du gaz naturel plutôt qu'à celui de l'électricité, une référence à une norme de rang inférieur est en principe à déconseiller.

7.6. Le terme « entreprise liée » (« *verwant bedrijf* ») à l'article 2, 22, de la directive 2009/72/CE semble correspondre à deux notions existantes de la loi sur l'électricité, à savoir « entreprise associée » (« *geassocieerde onderneming* ») (voir l'article 2, 19° actuel) et « entreprise liée » (« *verbonden onderneming* ») (voir l'article 2, 20°, actuel). Dans le texte français, les auteurs du projet veilleront à n'utiliser que le terme « entreprise liée ». Dès lors que dans le texte néerlandais, le projet n'insère pas de terme général, il convient, par conséquent, d'utiliser toujours conjointement ces deux notions existantes lorsque le terme de la directive « *verwant bedrijf* » est visé. Tel n'est toutefois pas toujours le cas, comme par exemple à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, 7°, en projet, de la loi sur l'électricité (article 9 du projet). Les auteurs du projet devront dès lors envisager d'introduire le terme « *verwante onderneming* », par exemple dans une définition qui se réfère aux deux termes existants.

7.7. La définition faisant référence à la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de

⁸ Voir l'article 2, 8, de la directive 2009/72/CE. Du reste, dans la loi sur l'électricité, les grossistes en électricité sont appelés « intermédiaire » (voir article 2, 15°, de la loi sur l'électricité).

l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, inscrite à l'article 2, 24°, actuel de la loi sur l'électricité peut être supprimée, dès lors que cette directive a été abrogée par l'article 48 de la directive 2009/72/CE.

7.8. Le projet ne modifie pas la définition du terme « période régulatoire » à l'article 2, 31°, actuel de la loi électricité⁹. Vu les possibilités que doit avoir l'autorité de régulation, conformément à l'article 37, paragraphes 1, 2, 6 et 10, de la directive 2009/72/CE, de modifier au besoin la méthodologie tarifaire, ces tarifs ne peuvent toutefois plus être fixés à l'avance pour une période de quatre ans. Si en soi il n'est pas incompatible avec la directive 2009/72/CE de prévoir, par souci de sécurité juridique, une certaine stabilité dans la méthodologie tarifaire, il doit néanmoins être possible de l'adapter entre-temps à l'évolution des besoins.

En conséquence, les auteurs du projet devront revoir cette définition à la lumière de ces éléments. À cet égard, ils devront prévoir, en tout cas, la possibilité pour la CREG d'agir de sa propre initiative et pas uniquement à la demande d'un gestionnaire du réseau de transport ou d'autres intéressés¹⁰.

7.9. Dès lors que conformément à l'article 37, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation est exclusivement compétente pour fixer la méthodologie tarifaire pour le transport et la distribution, il ne revient plus au législateur de régler les aspects de fond de cette méthodologie. Les définitions des termes de l'article 2, 32°, 33° et 34°, actuel, de la loi sur l'électricité doivent donc être abrogées. Il revient à la CREG de définir, le cas échéant, les termes techniques qui sont pertinents pour fixer la méthodologie tarifaire.

7.10. L'article 2, 41°, en projet, de la loi sur l'électricité définit la notion de « réseau fermé industriel ».

7.10.1. La définition paraphrase d'une manière imprécise le texte de l'article 28, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE. Le membre de phrase « destiné en premier lieu à desservir les clients finals établis sur ce site » a été ajouté à la définition de la directive. Or, ce segment de phrase fait double emploi, d'une manière prêtant à confusion, avec la condition b),

⁹ On notera encore à cet égard que le texte néerlandais du projet mentionne parfois, à tort, « gereguleerde periode » au lieu de « regulatoire periode ».

¹⁰ Par ailleurs, dans le texte néerlandais, une adaptation des dispositions du projet relatives à la fixation de la méthodologie tarifaire, qui mentionnent « regulatoire periode » ou « gereguleerde periode », s'imposera probablement aussi à cet égard.

qui prévoit que « l'électricité est fournie essentiellement au propriétaire ou au gestionnaire du réseau fermé industriel ou aux entreprises qui leur sont liées ». Mieux vaudrait donc l'omettre.

7.10.2. En outre, la définition de la directive est complétée par un alinéa 2 selon lequel l'ensemble des points de raccordement des réseaux pour l'énergie de traction appartenant au gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire est regardé comme un « réseau fermé industriel ferroviaire ». Il existe peut-être de bonnes raisons de prévoir un régime distinct pour le réseau de traction. La directive définit toutefois ce qu'il faut entendre par « réseau fermé de distribution » et les États membres ne peuvent prévoir de régime spécial que pour ces réseaux. Si le réseau de traction des chemins de fer ne répond pas à la définition de la directive, il doit être soumis aux règles normales en matière de distribution de l'électricité.

Par ailleurs, force est de constater qu'un problème se pose également du point de vue des règles répartitrices de compétence dans la mesure où l'on ne distingue pas clairement si la tension de la caténaire des voies ferrées est supérieure à 70.000 volts.

Certes, on peut admettre qu'en vertu de sa compétence l'habilitant à régler le régime juridique des voies ferrées gérées par la Société nationale des chemins de fer belges (article 6, § 1^{er}, X, 2^obis, de la loi spéciale du 8 août 1980), l'autorité fédérale peut élaborer une réglementation spéciale pour le réseau de traction des voies ferrées. Elle doit toutefois le faire sur la base de règles de fond, et non en appliquant au réseau de traction visé les normes relatives aux « réseaux fermés industriels » par l'instauration d'une présomption légale.

7.11. L'article 2, 42°, en projet, de la loi sur l'électricité définit la notion de « gestionnaire de réseau fermé industriel ». La deuxième phrase énonce que la personne physique ou morale qui laisse « passer » sans prestation ni contrepartie financière quelconque un client final situé en aval de son point de raccordement au réseau de transport n'est pas un gestionnaire de réseau fermé industriel. L'exposé des motifs précise cette exception en faisant référence à l'existence de ce que l'on appelle des « *wheeling agreements* » en vertu desquels un client final situé en aval peut avoir gratuitement accès aux installations d'un autre client final. Selon l'exposé des motifs, il serait déraisonnable « de soumettre » ce dernier client final « au régime des gestionnaires de réseaux fermés industriels ».

Cette explication paraît plausible, mais il faut également constater ici que la situation visée ne semble pas prévue par la directive 2009/72/CE. Soit il s'agit d'un réseau de transport d'électricité, auquel cas les clients finals concernés doivent être soumis au régime mis en place pour les gestionnaires du réseau de transport.¹¹ Dans l'hypothèse où la mise à disposition

¹¹ Ce qui signifierait dans le régime du projet que ces clients finals devraient être certifiés distinctement comme gestionnaires du réseau de transport ou qu'ils devraient transférer leur réseau au gestionnaire unique du réseau de transport.

des installations peut être regardée comme un réseau fermé de distribution, au sens de la directive, l'autorité nationale peut soumettre ce réseau à un régime spécial (mais rien ne l'y oblige). Soit il ne s'agit pas d'un réseau de transport d'électricité, auquel cas il n'y a pas lieu de soustraire expressément les clients finals concernés à un régime qui ne leur est pas applicable. Il se déduit de l'exposé des motifs que les auteurs du projet considèrent que les clients finals visés ne sont pas des gestionnaires de réseaux de distribution ou des gestionnaires de réseaux fermés industriels. C'est dès lors la seconde hypothèse qui s'applique et il vaudrait mieux alors omettre la deuxième phrase de l'article 1^{er}, 42°, en projet, de la loi sur l'électricité.

7.12. L'article 2, 43°, en projet, de la loi sur l'électricité définit la notion de « utilisateur de réseau fermé industriel » comme « un client final raccordé au réseau de transport par un réseau fermé industriel ». Le Conseil d'État se demande pourquoi il est précisé qu'il doit s'agir d'un client final « raccordé au réseau de transport ». Il s'agit simplement d'un client final raccordé à un réseau fermé industriel. En outre, en ce qui concerne les tarifs, le projet porte également sur des réseaux fermés industriels dont la tension est inférieure à 70.000 volts (voir ci-dessus l'observation 4 relative à la compétence de l'autorité fédérale), de sorte qu'il se justifie d'autant moins que la définition ne fasse mention que du réseau de transport.

7.13. La définition des « PME » à l'article 2, 49°, en projet, de la loi sur l'électricité se justifie par le choix des auteurs du projet d'appliquer également aux « petites entreprises » les garanties en matière de service universel réglées à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE. À cet égard, ils veilleront toutefois à tenir compte des conditions que la disposition précitée de la directive impose à ces « petites entreprises », à savoir employer moins de 50 personnes et réaliser un chiffre d'affaires ou présenter un bilan annuel qui n'excède pas 10 millions d'euros. Les États membres sont libres de prévoir des conditions supplémentaires, comme tel est le cas pour la disposition en projet, mais les conditions précitées de la disposition de la directive doivent en tout état de cause être intégrées dans la définition. En effet, dès lors que la disposition de la directive prévoit une exception au fonctionnement du libre marché, la définition en projet ne peut emporter que des entreprises qui ne remplissent pas les conditions de la disposition de la directive bénéficieraient néanmoins de ce régime favorable.

En ce qui concerne la condition, déjà mentionnée dans la disposition en projet, relative à la consommation annuelle maximale d'électricité et de gaz, la question se pose de savoir si la consommation annuelle de *gaz* constitue un critère pertinent pour le service universel en matière de fourniture d'*électricité* aux petites et moyennes entreprises et *vice versa*. Même si, pour le service universel en matière de fourniture d'électricité ou de gaz, seule la condition relative à la consommation annuelle maximale d'électricité ou de gaz devait être appliquée, la question se pose de savoir si la différence de traitement ainsi créée entre les petites et moyennes entreprises peut être justifiée sur la seule base de la consommation d'énergie qui est liée au

processus de production dans une entreprise. Les auteurs du projet devront dès lors vérifier si cette condition est bien pertinente et proportionnée et s'il ne faut pas uniquement faire mention des conditions visées dans les dispositions précitées de la directive.

Article 4

8. À l'article 4, § 3, 4°, en projet, de la loi sur l'électricité, on écrira « ... en cas de transfert d'installations de production ou de changement de contrôle, de fusion ou de scission des propriétaires d'installations de production, qui précèdent la date d'entrée en vigueur de la loi du ... modifiant 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 ». En effet, telle qu'elle est actuellement rédigée, la disposition vise la date d'entrée en vigueur de la loi sur l'électricité, ce qui n'est pas conforme à l'intention des auteurs du projet.

Article 5

9. Dans le projet soumis au Conseil d'État, l'article 5 est dépourvu de disposition.

Article 7

10. L'article 5, § 5, en projet, de la loi sur l'électricité, qui traite de l'appel d'offres concernant l'établissement d'installations de production en vue de la sécurité d'approvisionnement, fait mention des « autorités consultées dans le cadre de la procédure de l'article 4 ». L'article 4 a trait aux autorisations relatives aux installations de production sollicitées par des producteurs d'électricité. Or, outre la CREG, on ne distingue pas les autorités que vise cette référence. Ce point devra être précisé.

Article 8

11. Selon l'article 7, § 1^{er}, 1°, en projet, de la loi sur l'électricité, l'obligation pour le gestionnaire de réseau de racheter des certificats verts relatifs à l'électricité produite à partir des parcs à éoliennes situés dans les espaces marins sur lesquels la Belgique exerce sa juridiction ne vaut que pour l'électricité qui est directement injectée dans le réseau de transport.

Si cette disposition doit être interprétée en ce sens que l'obligation de rachat de certificats verts ne vaut pas pour l'électricité produite en dehors du territoire des régions et injectée dans un réseau de distribution régional, plutôt que dans un réseau de transport (fédéral), il en résulte une différence de traitement des producteurs d'électricité qui se trouvent dans cette situation, puisque c'est l'autorité fédérale et non les régions qui est chargée de stimuler la production d'électricité verte dans les espaces marins concernés. Dès lors qu'à première vue, cette différence de traitement n'est pas non plus justifiée, la condition relative à l'injection dans le réseau de transport devra être élargie aux réseaux de distribution régionaux.

Article 9

12. Les adaptations que l'article 9 du projet apporte à l'article 8 de la loi sur l'électricité ont pour objet la transposition des articles 12 et 15 de la directive 2009/72/CE. Ces dispositions de la directive concernent les tâches des gestionnaires de réseau de transport ainsi que l'appel des installations de production, la détermination de l'utilisation des interconnexions avec les autres réseaux et l'équilibre du réseau électrique.

12.1. L'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, 5°, b), en projet, de la loi sur l'électricité contient un élément dont la CREG doit tenir compte lors de la fixation de critères objectifs visant à garantir la coordination de l'appel des installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions. Cet élément ne figure toutefois pas à l'article 15, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE que l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, 5°, en projet, tend à transposer. Dès lors que c'est l'autorité de régulation qui doit elle-même définir les critères objectifs et non le législateur, on omettra l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, 5°, b), en projet.

12.2. Selon l'article 8, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, le gestionnaire de réseau peut « conformément à son objet social, exercer sur le territoire belge ou [en dehors] de celui-ci toute autre activité ». Étant donné que les articles 9 à 9^{ter}, en projet (articles 10 à 12 du projet), optent pour une transposition de l'article 9 de la directive 2009/72/CE, qui prévoit une dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport selon le principe dit de la dissociation intégrale des structures de propriété (*ownership unbundling*), la propriété et la gestion des fonctions de production et de fourniture devraient toutefois être dissociées de la propriété et de la gestion des réseaux de transport. En conséquence, l'article 8, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, devra à tout le moins prévoir une exception en ce qui concerne les fonctions de production et de fourniture.

Dans la même disposition en projet, mieux vaudrait mentionner séparément le réseau de transport et le(s) réseau(x) de distribution au lieu de faire mention d'un « réseau combiné de transport et de distribution ».

13. Selon l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, actuel, de la loi sur l'électricité, la Belgique ne connaît qu'un seul gestionnaire du réseau de transport. Les auteurs du projet maintiennent cette disposition. Même si la directive 2009/72/CE n'exclut pas formellement la limitation à un gestionnaire unique pour l'ensemble du réseau de transport d'un état membre, on peut toutefois se demander si l'ouverture du marché de l'électricité, comme l'envisage notamment la directive 2009/72/CE, n'emporte pas que la gestion des réseaux de transport ne peut être limitée à une seule entreprise. Par ailleurs, il pourra s'avérer opportun à l'avenir que la gestion de certaines unités du réseau de transport s'opère séparément. Il est dès lors recommandé aux auteurs du projet de reconsidérer, à la lumière de ces éléments, leur choix de n'autoriser qu'un seul gestionnaire de réseau de transport.

Article 10

14. L'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité fait mention de droits de tirage, qui impliquent que dans certaines conditions et en dernier ressort, le gestionnaire de réseau peut recourir à des activités de production dans la zone de réglage belge « dans les limites de puissance de ses besoins en terme[s] de services auxiliaires ». Dans ce cas, par dérogation au principe de dissociation, le gestionnaire de réseau s'engage dans des activités de production. En outre, il est prévu que le gestionnaire de réseau est alors soumis aux tarifs de réseau fixés par la CREG.

On n'aperçoit pas ce qu'il faut précisément entendre par droits de tirage ni pourquoi le gestionnaire de réseau qui déploie de telles activités de production est soumis aux tarifs qu'il pratique sur son réseau. On distingue également mal si la capacité de production provient de ses propres installations de gestionnaire de réseau ou si l'intention est que le gestionnaire de réseau doit recourir à des capacités de production déterminées de fournisseurs d'électricité existants.

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

« Pour une gestion sûre et fiable du réseau électrique, il est nécessaire que le gestionnaire de réseau ait à disposition ce que l'on appelle des services auxiliaires. Ces dernières années, des difficultés sont apparues pour la contractualisation de ces services auprès des prestataires de ces services (essentiellement des producteurs). Les perspectives de mises à l'arrêt de différentes unités de production participant actuellement à ces

services conjuguées aux besoins nouveaux en services auxiliaires pour assurer un accueil fiable de la production intermittente en développement, rendent la problématique d'autant plus critique. Le projet de loi vise à conférer au gestionnaire du réseau la possibilité d'investir dans des unités de production qui seraient à même de prester, sous le contrôle de la CREG, de tels services, notamment pour compenser une éventuelle pénurie en la matière. Nous avons prévu que cela devait prendre la forme de droit de tirage. Nous concédons que cette forme n'a cependant pas été analysée de façon approfondie sous l'angle 'technico-juridique'. Nous comptons notamment sur votre avis pour bénéficier d'un éclairage juridique sur ce point. »

Le recours, par le gestionnaire de réseau, à ses propres capacités de production, dont le seul objectif est de permettre une gestion adéquate du réseau de transport, ou encore le recours à des capacités de production de fournisseurs d'électricité dans le même but, ne soulève pas d'objections du point de vue juridique tant que sont respectées, pour le surplus, les exigences en matière de dissociation prévues à l'article 9 de la directive 2009/72/CE. En tout état de cause, la notion de « droit de tirage » n'a pas sa place dans le contexte décrit par le délégué. Si l'on vise des capacités de production qui appartiennent au gestionnaire de réseau, on n'aperçoit pas en effet, pourquoi, il doit être fait mention de droits de tirage. Si l'on entend par là qu'il peut être recouru à des capacités de production de producteurs d'électricité, il vaut mieux le préciser expressément. Du reste, dans les deux cas, le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi le gestionnaire de réseau devrait être soumis, pour cette production d'électricité, à ses propres tarifs de réseau, dès lors qu'il transporte cette électricité sur son propre réseau. Les dispositions en projet devront dès lors être précisées et reformulées à la lumière des considérations qui précèdent.

15. L'exigence formulée à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, selon laquelle le gestionnaire de réseau doit être constitué sous la forme d'une société anonyme et doit remplir les conditions visées à l'article 524 du Code des sociétés n'est pas conforme aux dispositions de la directive 2009/72/CE qui n'impose pas de forme juridique spécifique au gestionnaire de transport.

16. Le Conseil d'État ne voit pas comment l'article 9, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité, qui exclut toute participation des entreprises d'électricité et de gaz dans des gestionnaires de réseau, se concilie avec l'article 8, § 2, alinéas 2 et 3, en projet, qui autorise néanmoins les gestionnaires de réseau à exercer certaines autres activités (voir aussi à ce sujet l'observation 12.2).

17. L'article 9, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité mentionne « [l]es entreprises d'électricité et/ou de gaz naturel, telles que définies par la loi du 12 avril 1965 relative

au transport de produits gazeux et autres par canalisations ». Compte tenu notamment des définitions de ces entreprises à l'article 2, 15^oter, en projet, de la loi sur l'électricité et à l'article 1^{er}, 5^obis, en projet, de la loi sur le gaz, la première disposition en projet ne tient manifestement pas compte des entreprises qui contrôlent les entreprises d'électricité ou de gaz naturel concernées et qui auraient elles-mêmes une participation dans des gestionnaires de réseau. Cette lacune devra être comblée.

18. L'article 9, § 1^{er}, alinéa 6, en projet, de la loi sur l'électricité doit également mentionner les membres des organes énumérés dans cette disposition qui représentent des entreprises qui sont directement ou indirectement actives dans la production ou la fourniture de gaz naturel (et pas seulement d'électricité, comme tel est le cas actuellement).

19. L'article 9, § 10bis¹², en projet, de la loi sur l'électricité dispose que deux représentants du gouvernement fédéral siègent au conseil d'administration du gestionnaire de réseau. Ces représentants y siègent avec voix consultative mais peuvent former un recours auprès du ministre fédéral qui a l'énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) contre toute décision du conseil d'administration qu'ils estiment contraire aux lignes directrices de la politique générale du gouvernement en ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement en énergie du pays. Ce recours est suspensif et peut être suivi par une annulation de la décision concernée par le ministre.

Cette disposition présente de fortes similitudes avec l'article 8/3, § 1/3, en projet, de la loi sur le gaz (article 66 du projet), qui prévoit qu'au conseil d'administration et au comité de direction siègent deux commissaires du gouvernement dont les modalités et les pouvoirs sont arrêtés notamment par l'arrêté royal du 16 juin 1994 instituant au profit de l'État une action spécifique de Distrigaz. À l'époque, la Cour de justice jugea que la mesure prévue par l'arrêté royal précité était compatible avec la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement. La Cour de justice estima que les restrictions résultant de la réglementation en cause permettaient d'assurer, en cas de menace réelle et grave, un approvisionnement minimal en énergie et n'allaient pas au-delà de ce qui était nécessaire à cette fin.¹³

¹² Dès lors qu'il n'existe pas encore actuellement d'article 9, § 11, de la loi sur l'électricité, il vaudrait mieux que ce paragraphe en projet soit inséré dans l'article 9 sous la forme d'un paragraphe 11.

¹³ C.J., 4 juin 2002, *Commission c. Belgique*, C-503/99, Rec. 2002, I-4809, points 48-55.

De prime abord, le raisonnement que la Cour de justice a tenu en l'espèce, en ce qui concerne le gestionnaire de réseau du secteur du gaz, semble également applicable à l'article 9, § 10bis, en projet, de la loi sur l'électricité. Il se déduit toutefois de la jurisprudence de la Cour de justice que l'objectif précité de « sécurité d'approvisionnement en énergie du pays » ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société.¹⁴ À ce propos, il existe, des différences objectives importantes entre le secteur du gaz et celui de l'électricité : dès lors que la Belgique ne produit pas de gaz naturel et que celui-ci peut en outre être stocké, la garantie d'un approvisionnement minimal pour le gaz naturel s'impose plus que pour l'électricité dont il existe suffisamment de capacités de production nationales et qui en plus n'est pas stockable. Le Conseil d'État estime dès lors devoir formuler de sérieux doutes sur la question de savoir si l'exercice du droit de suspension et d'annulation est assorti de conditions objectives et contrôlables suffisantes pour pouvoir être réputé compatible avec la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement.¹⁵

Article 11

20. Conformément à l'article 9bis, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité, les statuts des filiales du gestionnaire de réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité. Dès lors que conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité, il n'existe qu'un seul gestionnaire du réseau de transport pour la Belgique¹⁶, ce gestionnaire, vu l'article 9, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE, doit être propriétaire de l'ensemble du réseau de transport. Dans la mesure où la disposition en projet semble considérer qu'il peut également être satisfait, par le truchement de filiales, à la condition selon laquelle le gestionnaire unique du réseau de transport doit être propriétaire de l'ensemble de ce réseau, cette disposition est contraire à la disposition précitée de la directive. Par contre, si l'on acceptait différents gestionnaires du réseau de transport, on pourrait concevoir qu'une partie de ce réseau, qui est la propriété d'une filiale, soit gérée par celle-ci, à condition que cette filiale soit certifiée et désignée séparément comme gestionnaire du réseau de transport et se comporte comme un gestionnaire autonome de ce dernier.

¹⁴ C.J., 9 mars 2000, *Commission c. Belgique*, C-355/98, *Rec.* 2000, I-1221, point 28; C.J., 14 mars 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, *Rec.* 2000, I-1335, point 17; C.J., 17 juillet 2008, *Commission c. Espagne*, C-207/07, point 47.

¹⁵ Voir par exemple C.J., 26 mars 2009, *Commission c. Italie*, C-326/07, *Rec.* 2009, I-2291, points 70-72.

¹⁶ Voir toutefois à ce sujet l'observation 13.

La disposition en projet et éventuellement aussi l'article 8, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité devront dès lors être fondamentalement revus à la lumière des observations qui précèdent.

Article 13

21. L'article 9^{quater} en projet de la loi sur l'électricité fait état de la vente ou de l'achat de l'électricité à une entreprise liée par un gestionnaire du réseau de transport. Eu égard au système de dissociation (*ownership unbundling*) du gestionnaire du réseau de transport, retenu dans le projet, seule la vente ou l'achat de l'électricité pour des activités de réseau peut être visée. Il y a lieu de le préciser expressément. En raison de ce système de dissociation, il n'apparaît pas clairement à quelles entreprises le gestionnaire du réseau de transport pourrait être lié, puisque le gestionnaire du réseau de transport ne peut assurer, même indirectement, aucune activité de production ou de livraison d'électricité.

Article 14

22. L'article 10 de la directive 2009/72/CE prévoit l'obligation de certification des gestionnaires de réseau de transport par l'autorité de régulation. Avant qu'une entreprise puisse être agréée et désignée comme gestionnaire de réseau de transport, elle doit être certifiée selon les procédures décrites dans la disposition de la directive citée et dans l'article 3 du règlement (CE) n° 714/2009.

23. Conformément à l'actuel article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi électricité, le gestionnaire du réseau de transport est désigné « après proposition d'un ou plusieurs propriétaires du réseau » par le ministre après avis de la CREG et après délibération en Conseil des ministres. La mention « plusieurs propriétaires de réseau » ne correspond pas au choix des auteurs du projet qui optent pour un seul gestionnaire de réseau de transport pour toute la Belgique (voir l'actuel article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité).¹⁷

Puisque la CREG doit certifier le gestionnaire de réseau ainsi désigné conformément à l'article 10, § 2^{ter}, de la loi sur l'électricité, on ne comprend pas bien, en outre, pourquoi elle doit donner un avis sur la désignation qui suit cette certification.

L'article 10, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité doit également préciser que la demande de désignation doit émaner du candidat gestionnaire de réseau (déjà certifié), et ce par analogie avec l'article 10, § 2^{ter}, alinéa 1^{er}, a, en projet, (article 10 du projet) (en ce qui concerne la certification).

¹⁷ Voir cependant l'observation 13.

24. L'article 10, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, de la loi sur l'électricité comprend une disposition transitoire selon laquelle le gestionnaire de réseau désigné définitivement avant la date d'entrée en vigueur de la réglementation en projet est réputé être certifié. La CREG peut toutefois ouvrir, à tout moment, une procédure de certification à l'égard de pareil gestionnaire de réseau conformément à l'article 10, § 2^{ter}, en projet, du moins si les conditions énoncées dans cette dernière disposition sont remplies.

Pareille certification automatique pour des gestionnaires de réseau déjà désignés, sans qu'il faille suivre les procédures décrites dans les dispositions de la directive et du règlement citées ci-dessus, équivaut à méconnaître celles-ci. En effet, la certification a notamment pour objet de refuser des gestionnaires de réseau qui ne respectent pas les obligations en matière de dissociation¹⁸. Puisqu'il n'est pas établi que les gestionnaires de réseau déjà désignés actuellement remplissent ces nouvelles obligations, instaurées pour la première fois par la directive évoquée, une certification préalable est également nécessaire en ce qui les concerne. L'octroi de plein droit (par une loi) d'une certification, équivaut également à méconnaître la compétence d'appréciation de l'autorité de régulation.

L'exposé des motifs fait à cet égard référence à un passage de la note interprétative de la Commission européenne, qui s'énonce comme suit¹⁹ :

« The regulatory authorities are under the obligation to open a certification procedure upon notification by a potential [Transmission System Operator], or upon a reasoned request from the Commission. Apart from that, regulatory authorities must monitor compliance of TSOs with the rules on unbundling on a continuous basis, and must open a new certification procedure on their own initiative where according to their knowledge a planned change in rights or influence over transmission system owners or TSOs may lead to an infringement of unbundling rules, or where they have reason to believe that such an infringement may have occurred. »

Ce passage ne permet pas du tout d'inférer qu'aucune certification n'est requise pour les gestionnaires de réseau déjà désignés. Il ne fait que préciser que les gestionnaires de réseau déjà certifiés et désignés peuvent subir un nouvel examen qui peut conduire au retrait de la certification lorsqu'ils ne paraissent plus remplir à un moment donné les exigences requises en matière de dissociation.

¹⁸ Voir le considérant 24 de la directive 2009/72/CE.

¹⁹ Commission européenne, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The unbundling regime, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf, p. 22.

Cette observation s'impose d'autant plus que la Cour de Justice a jugé dans une affaire semblable que c'est à tort que la Belgique n'a pas procédé à la désignation définitive des gestionnaires de réseau des installations de transport notamment.²⁰ La désignation provisoire et pour un terme de vingt ans d'entreprises disposant déjà d'un agrément, n'était, à cet égard, pas suffisante dès lors que ce procédé revenait à retarder la transposition de la disposition de la directive concernée.²¹ Au regard de cette décision, le Conseil d'État ne voit pas comment, dans le présent cas, il serait possible d'aboutir à une autre conclusion. Partant, il y a lieu d'omettre le régime transitoire en projet de manière à soumettre les gestionnaires de réseau déjà désignés à l'obligation initiale de certification. Il faut à cet égard observer que l'article 10, paragraphes 5 et 6, de la directive 2009/72/CE prévoit également la possibilité d'une décision tacite en ce qui concerne la certification.

25. Dans le texte néerlandais de l'article 10, § 2^{ter}, alinéa 6, en projet, de la loi sur l'électricité, il y a lieu de remplacer les mots « uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing » par les mots « uitdrukkelijke of stilzwijgende ontwerpbeslissing ».

26. L'article 10, § 2^{quater}, en projet, de la loi sur l'électricité fait état d'une demande de certification par un propriétaire ou un gestionnaire de réseau de transport « sur lequel une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers exercent un contrôle ».

Il vaut mieux préciser que par pays tiers, on vise non seulement les États membres de l'Union européenne, mais aussi ceux de l'Espace économique européen.

En outre, dans le texte néerlandais, on préférera le mot « zeggenschap » à « toezicht » puisque le texte néerlandais de l'article 11, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE²² emploie ce terme. La définition du terme « zeggenschap » à l'article 2, 34, de la directive 2009/72/CE doit d'ailleurs être transposée dans le projet.

27. On écrira à l'article 10, § 2^{quater}, alinéas 5 et 7, en projet, de la loi sur l'électricité « l'Union européenne » au lieu de « la Communauté européenne » et à l'article 10, § 2^{quater},

²⁰ Comme le requérait l'article 7 de la 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.

²¹ C.J., 3 décembre 2009, *Commission c. la Belgique*, C-475/08, Rec. 2009, I-11.503, points 27-33.

²² Ce terme provient d'ailleurs de l'article 3, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations (règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises).

alinéa 5, b), 2°, en projet, on écrira « au droit de l'Union » au lieu de « à la législation communautaire ».

28. L'article 10, § 2^{quater}, alinéa 8 à 11, en projet, de la loi sur l'électricité, a pour objet la transposition de l'article 11, paragraphes 6 et 7, de la directive 2009/72/CE. Puisque ces dispositions de la directive ne s'adressent qu'à la Commission européenne et non aux États membres, elles ne peuvent pas être transposées. Les dispositions en projet doivent par conséquent être omises du projet.

Article 11 existant de la loi sur l'électricité (non modifié)

29. Selon l'article 11 existant de la loi sur l'électricité, un certain nombre de matières qui, conformément à l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE, relèvent de la compétence exclusive de l'autorité de régulation sont insérées dans le règlement technique à établir par le Roi pour la gestion du réseau de transport et l'accès à celui-ci. Ces aspects doivent dans tous les cas être séparés des matières énumérées dans l'article 11, alinéa 2, existant. Si cela s'avère impossible, il faudra attribuer l'intégralité de la compétence d'établir le règlement technique à la CREG.

Il est évident que le règlement technique en vigueur devra être adapté compte tenu de ce qui précède, voire éventuellement être abrogé.

Articles 16 et 17

30. Les articles 12 et 12^{bis}, en projet, de la loi sur l'électricité (articles 16 et 17 du projet) comprennent des réglementations plutôt parallèles pour la fixation de la méthodologie tarifaire et l'approbation des tarifs en ce qui concerne respectivement, le gestionnaire de réseau de transport et les gestionnaires de réseaux de distribution.

La conformité de ces dispositions doit être vérifiée au regard de l'article 37, paragraphe 6, a), de la directive 2009/72/CE. Selon cette dernière disposition, la compétence de fixer ou d'approuver les tarifs ou à tout le moins la méthodologie tarifaire relève de la compétence des autorités de régulation. Cette compétence ne peut donc pas être confiée à d'autres organes ni faire l'objet d'instructions interdites, destinées à l'autorité de régulation.

À cet égard, la Commission européenne a précisé que le régime juridique relevant du troisième paquet énergie diverge considérablement de l'ancien régime²³ :

« The [National Regulatory Agency]'s core duty as regards tariffs is stipulated in Article 37(1)(a) of the Electricity Directive and Article 41(1)(a) of the Gas Directive: *'fixing or approving, in accordance with transparent criteria, transmission or distribution tariffs or their methodologies'*. The core task of the NRA relating to the approval of network tariffs is, as in the second Electricity and Gas Directives, further specified in specific provisions, in particular paragraphs 6, 7, 8 and 10.

Under Article 37(6)-(7) of the Electricity Directive and Article 41(6)-(7) of the Gas Directive, the NRA must be responsible for fixing or approving sufficiently in advance of their entry into force at least the methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.

It follows from the text of the Electricity and Gas Directives that this provision gives the NRA the duty of fixing or approving not only network tariffs or their methodologies, but also methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, the provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.

Under the second Electricity and Gas Directives, it was possible for the NRA to submit the tariff or the methodology for formal approval to the relevant body of the Member State and for the relevant body to approve or reject the draft NRA decision. This is contrary to the provisions of the new Electricity and Gas Directives, which unequivocally establish that the NRA must be able to take decisions autonomously and that its decisions are directly binding.

As a result, it is now up to the NRA alone to fix or approve either the network tariff or the network tariff methodology. These new provisions give Member States four options as regards the way tariffs for network access and balancing services are established: the NRA fixes the tariffs, the NRA fixes the methodology, the NRA approves the tariffs or the NRA approves the methodology. Recital 36 of the Electricity Directive and recital 32 of the Gas Directive mention that the NRA will fix or approve the tariff or the methodology on the basis of a proposal by the TSO or distribution system operator(s) or liquefied natural gas (LNG) system operator(s), or on the basis of a proposal agreed between those operator(s) and the users of the network. This means that the NRA also has the power to reject and amend such proposal. If the NRA is given the power over the methodology (fixing or approving), it is up to the TSOs to calculate the tariffs (which have to be in line with the methodology approved by the NRA).

The core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue general policy guidelines which ultimately will have to be

²³ Lors de la discussion de l'article 16 du projet, l'exposé des motifs fait référence à la législation d'un certain nombre d'autres États européens. Il y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que la transposition de la directive 2009/72/CE dans le droit national de ces pays est encore en cours. La France constitue une exception, la transposition ayant été réalisée entre-temps par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie (JO, 10 mai 2011). Cette ordonnance ne semble d'ailleurs pas conférer de fondement au procédé suivi pour la rédaction du projet à l'examen. Une comparaison du nouvel article L. 341-3 du Code de l'énergie français concernant le calcul de la méthodologie tarifaire avec les articles 16 et 17 du projet belge montre en effet que la réglementation belge est beaucoup plus détaillée que la réglementation française même si cette dernière est appelée à être complétée par quelques dispositions adoptées sur la base du nouvel article L. 341-5.

translated by the NRA into the tariff structure and methodology. However, these guidelines should not encroach on the NRA's competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA. »²⁴

La Cour constitutionnelle souligne elle aussi le renforcement de la compétence de l'autorité de régularisation en la matière par la directive 2009/73/CE : désormais, la CREG doit être exclusivement compétente pour fixer les tarifs ou la méthodologie tarifaire²⁵.

Les dispositions du projet méconnaissent la compétence exclusive de l'autorité de régulation en ce qu'elles enferment la compétence de la CREG dans un carcan trop rigide (voir également ci-après, l'observation 64 concernant l'article 36). Quelques exemples illustreront ce qui vient d'être énoncé.

31. Les articles 12, § 2, et 12bis, § 2, en projet prévoient « une concertation structurée, documentée et transparente » avec le gestionnaire du réseau de transport et avec les gestionnaires de réseaux de distribution.

La réglementation détaillée de cette concertation limite trop fortement l'intervention de la CREG. Celle-ci doit avoir la possibilité de fixer de manière diligente la méthodologie tarifaire. Les dispositions en projet semblent toutefois assurer au gestionnaire de réseau de transport et aux gestionnaires de réseaux de distribution une participation au processus décisionnel à ce point substantielle que la CREG ne dispose plus du plein contrôle de la prise de décision. Ce constat se voit encore renforcé par le fait que toutes sortes de délais et d'obligations formelles sont imposées à la CREG.

²⁴ Commission européenne, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, pp. 13-14.

²⁵ Cour constitutionnelle, n° 97/2011, 31 mai 2011, B.9.5.

Sous le couvert de la précédente directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, la Cour de Justice a condamné la Belgique pour ne pas avoir transposé correctement les dispositions relatives à la compétence de la CREG concernant la fixation de la méthodologie tarifaire, en ce que la loi sur l'électricité a conféré au Roi le pouvoir de fixer, pour certaines installations de transport de l'électricité, les règles particulières sur la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire équitable (C.J., 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08, points 24-31).

Le respect de l'indépendance de la CREG implique que le législateur s'abstienne d'interférer dans la façon de travailler de la CREG et qu'il lui laisse dans la mesure du possible le soin de fixer la procédure, éventuellement en concertation avec les parties concernées.

32. Selon les articles 12, § 3, et 12*bis*, § 3, en projet, la CREG communique son projet de décision en matière de méthodologie tarifaire à la Chambre des représentants, qui doit vérifier en commission parlementaire si le projet « [est compatible] avec les dispositions [de la loi sur l'électricité] et ses arrêtés d'exécution ».

Il est évident que cette implication de la Chambre des représentants peut avoir pour conséquence que celle-ci fasse comprendre à la CREG qu'elle n'est pas d'accord avec les options choisies. La réglementation en projet est dès lors contraire à l'article 35, paragraphe 5, a) de la directive 2009/72/CE qui dispose que l'autorité de régulation doit pouvoir prendre des décisions de manière autonome, « indépendamment de tout organe politique ».

33. Selon l'article 12, § 4, alinéa 2, en projet, la méthodologie tarifaire reste d'application pendant toute la période tarifaire et ses éventuelles modifications ne s'appliquent qu'à partir de la période tarifaire suivante.²⁶

Cette disposition n'est pas conforme à l'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE. En vertu de cette dernière disposition, l'autorité de régulation doit pouvoir, à tout moment, opérer des modifications et, le cas échéant, prendre également des mesures provisoires.²⁷

34. Les articles 12, § 5, et 12*bis*, § 5, en projet, disposent que la CREG fixe la méthodologie tarifaire dans le respect des lignes directrices citées dans ces dispositions. Cela concerne, respectivement, pas moins de 24 ou 21 lignes directrices. Les articles 12, § 14, et 12*bis*, § 14, en projet, de la loi sur l'électricité indiquent que les lignes directrices se conçoivent comme des instructions contraignantes pour la CREG et qu'il est possible d'en invoquer le respect devant le juge.

²⁶ Une disposition correspondante fait défaut dans l'article 12*bis*, § 4, en projet. En fait, cet article 12*bis* renferme par erreur deux fois un même paragraphe 4, reproduisant presque quasiment le même contenu, lequel correspond à l'article 12, § 4, alinéa 1^{er}, en projet.

²⁷ Voir également l'observation 7.8, ci-dessus.

Les dispositions citées doivent être examinées au regard de l'article 35, paragraphe 4, b), ii) de la directive 2009/72/CE, selon lequel aucune instruction autre que « [des] orientations générales » ne peut être donnée aux autorités de régulation dans l'exécution des tâches de régulation, étant entendu que ces orientations « ne [peuvent concerner] [...] les missions et compétences de régulation visées à l'article 37 ». La fixation de la méthodologie tarifaire relève précisément des tâches de régulation visées à l'article 37 (article 37, paragraphe 6, a)).

Le Conseil d'État a l'impression qu'un certain nombre des lignes directrices renferment plus que des orientations générales et qu'elles concernent, au contraire, des éléments spécifiques de la méthodologie tarifaire. Tel semble être le cas, par exemple, des lignes directrices ayant trait aux coûts des entreprises concernées (article 12, § 5, 5°, 11° et 12°, en projet, et article 12*bis*, § 5, 5°, 10° et 11°, en projet), aux coûts échoués (article 12, § 5, 14°, en projet, et article 12*bis*, § 5, 13°, en projet), aux soldes (article 12, § 5, 15°, en projet, et article 12*bis*, § 5, 14°, en projet) et aux techniques de comparaison (article 12, § 5, 16°, en projet, et article 12*bis*, § 5, 15°, en projet).

Dans certains cas, les lignes directrices semblent être conçues pour protéger les intérêts financiers des actionnaires du gestionnaire de réseau et non pas pour atteindre les objectifs énoncés à l'article 36 de la directive 2009/72/CE. Tel semble être particulièrement le cas des articles 12, § 5, 9°, en projet, et 12*bis*, § 5, 9°, en projet, qui disposent qu'il y a lieu de garantir aux actionnaires un niveau de rendement « conforme à ce qu'offre le marché pour des activités de cette nature ». Il y a lieu d'attirer l'attention à cet égard sur le fait que l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE charge les États membres de veiller à ce que les tarifs permettent aux gestionnaires de réseaux de procéder aux investissements nécessaires. La garantie d'un niveau de rendement déterminé aux actionnaires quelle que soit la marge bénéficiaire, excède ce que vise la directive.

Les articles 12, § 5, 11°, et 12*bis*, § 5, 10°, en projet, disposent que les coûts nets des obligations de service public doivent être portés en compte. Le risque de voir octroyer des surcompensations à des gestionnaires de réseau inefficaces, n'est pas illusoire. Pareille surcompensation pour des obligations de service public, si elle est payée au moyen de deniers publics, pourrait constituer une forme interdite d'aide publique.²⁸ En imputant directement les coûts aux consommateurs, on contourne, il est vrai, les dispositions en matière d'aide publique vu

²⁸ C.J., 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. 2003, I-7747, point 88. Voir récemment C.J., 2 septembre 2010, *Commission c. Deutsche Post*, C-399/08 P, point 43.

l'absence d'engagement de fonds publics²⁹, mais la perturbation de l'équilibre du marché n'est pas réduite pour autant. Une réglementation légale telle que celle en projet, paraît contraire à la directive 2009/72/CE. D'une part, elle entraîne pour l'autorité de régulation l'impossibilité de poursuivre ses objectifs en matière de concurrence, tels qu'ils sont visés à l'article 36, a), b) et g), de la directive. D'autre part, la réglementation constitue une atteinte à la compétence, dévolue à l'autorité de régulation de promouvoir une concurrence effective et d'assurer le bon fonctionnement du marché, au sens de l'article 37, paragraphe 4, b), de la directive³⁰. En outre, l'article 37, paragraphe 8, de la directive requiert précisément que la méthodologie incite les gestionnaires de réseau à être efficaces, en d'autres termes, à réduire réellement les coûts de manière effective.³¹

35. En ce qui concerne l'approbation des propositions tarifaires concrètes, les articles 12, § 8, et 12*bis*, § 8, en projet, arrêtent une procédure détaillée. Cette procédure - dont il est douteux qu'elle puisse se justifier sur tous les points (cf. l'observation 31 en rapport avec la procédure de fixation de la méthodologie tarifaire) - semble, elle aussi, enfermer la CREG dans un carcan trop rigide.

Article 18

36. L'article 12*ter*, en projet, de la loi sur l'électricité instaure une obligation spéciale de motivation et de publicité concernant les décisions tarifaires de la CREG.

L'alinéa 3 de cet article renferme des dispositions visant à protéger « les informations commercialement sensibles et/ou des données à caractère personnel ». Lors de la publication de ses décisions, la CREG doit garantir, « en accord avec les entreprises d'électricité concernées », la confidentialité de ce type d'informations.

²⁹ C.J., 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. 2001, I-2029; C.J., 15 juillet 2004, *Pearle*, C-345/02, Rec. 2004, I-7139.

³⁰ À cet égard, il semble pouvoir s'inférer de l'article 36, a), b) et g), et de l'article 37, paragraphe 4, b), de la directive 2009/72/CE que la mission de l'autorité de régulation excède celle des autorités de la concurrence ou de la Commission européenne dans le cadre du contrôle des aides publiques. Alors que ces deux dernières autorités jouent un rôle dans la répression d'infractions aux règles formelles concernant la concurrence et les aides publiques, telles qu'elles sont inscrites dans les traités et dans la législation UE secondaire (et dans la loi nationale en matière de concurrence), l'autorité de régulation a une tâche de prévention plus étendue pour garantir l'efficacité du marché, même dans les cas où il n'est techniquement pas question d'une infraction aux règles concernant la concurrence ou les aides publiques mais où il y a bien un dérèglement du marché, en particulier au détriment des consommateurs.

³¹ C'est pour cette raison que l'article 12, § 5, 15°, en projet, de la loi sur l'électricité est également problématique dans la mesure où il mentionne les catégories de coûts qui ne sont pas soumis à une « régulation incitative ».

L'instauration d'une réglementation visant à garantir le caractère confidentiel de certaines données répond en soi à l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE. La directive ne requiert toutefois pas que l'autorité de régulation obtienne l'accord des entreprises d'électricité concernées. En subordonnant la publication des décisions de la CREG de l'accord de ces entreprises, on leur confère une espèce de droit de veto. Cela ne correspond pas au rôle que la directive attribue à l'autorité de régulation.

À la question de savoir comment résoudre un conflit éventuel entre la CREG et une entreprise, le délégué a répondu ce qui suit :

« L'accord entre la CREG et les entreprises d'électricité visées à l'article 12^{ter} de la loi électricité, tel que modifié par l'article 18 de l'avant-projet de loi (un article similaire est prévu au niveau de la loi gaz en la forme de l'article 15/5^{quater}, tel que modifié par l'article 77 de l'avant-projet de loi) vise l'équilibre entre la protection des informations privilégiées à caractère commercialement sensibles et/ou personnel, d'une part, et la publication, par le régulateur, des données nécessaires aux marchés de l'électricité et du gaz naturel, d'autre part.

Dans le passé, des abus ont pu être constatés des deux côtés. Certaines entreprises d'électricité et/ou de gaz naturel ont avancé que l'ensemble des informations les concernant ne pouvaient être publiées. La CREG a publié des informations qui n'auraient pas dû l'être compte tenu de leur caractère commercialement sensible et/ou personnel.

Il appartient au législateur de trancher et de déterminer le bon équilibre, l'arbitre suprême étant le juge judiciaire.

Ainsi, face à un refus abusif d'une entreprise d'électricité et/ou de gaz naturel dans l'exécution de l'article 12^{ter} de la loi électricité ou de l'article 15/5^{quater} de la loi gaz, tels que modifiés par l'avant-projet de loi, la CREG doit pouvoir imposer la publication des informations concernées, quitte à être soumise aux tribunaux compétents. Toute décision unilatérale de la CREG pourrait en effet, conformément à l'art. 29^{bis} de la loi électricité et à l'art. 15/20 de la loi gaz, faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Bruxelles ».

C'est en effet le juge qui doit avoir le dernier mot. Il est recommandé de compléter l'article 12^{ter} en projet de la loi sur l'électricité par une réglementation permettant à la CREG, en l'absence d'accord avec toutes les entreprises d'électricité concernées, de décider à un moment donné quels sont les éléments de la motivation qui seront publiés en prévoyant, dans ce cas, un délai d'attente pour l'exécution de cette décision. Les entreprises concernées pourront utiliser ce délai d'attente pour introduire un recours tel que celui visé à l'article 29^{bis} de la loi sur l'électricité. Si l'énumération de décisions est maintenue au paragraphe 1^{er} de ce dernier article (voir toutefois la suggestion formulée dans l'observation 79 relative à l'article 46 du projet), il y aura lieu de compléter les 5° et 6° en mentionnant les décisions sur la publication des motifs des décisions tarifaires.

Article 19

37. Conformément à l'article 37, paragraphe 1, a) de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation est compétente pour fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul. C'est pour cette raison que l'article 12^{quater}, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit l'abrogation des arrêtés royaux des 8 juin 2007 et 2 septembre 2008³² qui ont trait au calcul tarifaire. Une loi a en outre confirmé ce dernier arrêté royal³³. Toutefois, il convient à cet égard de souligner que la disposition légale concernée a été annulée par l'arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011 de la Cour constitutionnelle, dans la mesure où la confirmation concerne les articles 9 à 14 de l'arrêté royal du 2 septembre 2008. L'annulation partielle de la disposition de confirmation est cependant sans effet immédiat sur la validité juridique de l'arrêté confirmé puisque cette confirmation n'a pas été prescrite par une disposition légale³⁴. Force est d'en conclure que les deux arrêtés royaux peuvent bel et bien être abrogés par le législateur.³⁵

38.1. L'article 12^{quater}, §§ 2 et suivants, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit un régime transitoire qui est incompatible avec la disposition de la directive citée, puisque cette mesure, qui émane du législateur et non de l'autorité de régulation, se rapporte à une période postérieure à la date ultime de transposition de la directive 2009/72/CE, à savoir le 3 mars 2011. L'exposé des motifs indique notamment que le maintien des tarifs définitivement ou provisoirement approuvés, conformément aux deux arrêtés royaux en question jusqu'à la fin de la

³² Voir l'arrêté royal du 8 juin 2007 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par le gestionnaire du réseau national de transport d'électricité de même que l'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité.

³³ L'arrêté royal a été confirmé par l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu 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.

³⁴ La confirmation de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 avait été dictée par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait conclu dans un litige concret à l'illégalité de l'arrêté (voir *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2191/1, p. 8-10, ainsi que les observations formulées par le Conseil d'État à ce sujet dans son avis sur le projet qui est devenu la disposition légale annulée, p. 19-21).

³⁵ À cet égard, il convient de faire remarquer qu'il serait préférable, pour des motifs de technique législative, d'abroger les deux arrêtés en question par une disposition abrogatoire spécifique qui serait insérée à la fin du projet.

période régulatoire à laquelle ils se rapportent, est nécessaire pour garantir le respect du principe de sécurité juridique.

En l'occurrence, le Conseil d'État n'aperçoit aucune considération impérieuse liée à la sécurité juridique susceptible de justifier une suspension temporaire des obligations découlant de la disposition de la directive citée.³⁶ Il y a par conséquent lieu de renoncer au régime transitoire en projet.

L'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE permet d'ailleurs à l'autorité de régulation de fixer ou d'approuver provisoirement les tarifs de transport et de distribution et leurs méthodes de calcul et d'arrêter les mesures compensatoires appropriées si les tarifs définitifs de transport et de distribution ou leurs méthodes de calcul s'écartent de ces tarifs provisoires ou de leurs méthodes de calcul. Les auteurs du projet peuvent, conformément à cette disposition, permettre à la CREG de continuer à appliquer les dispositions des deux arrêtés royaux à abroger, dans l'attente d'une nouvelle réglementation à fixer par la CREG. En effet, la circonstance que l'abrogation des deux arrêtés royaux cités crée un vide juridique, n'empêche pas qu'il appartient à la CREG de combler ce vide à compter de l'expiration de la date ultime de transposition de la directive 2009/72/CE et de fixer les mesures provisoires nécessaires si la fixation des tarifs prend du retard, soit en décidant de maintenir l'ancienne méthodologie tarifaire (ou certains aspects de celle-ci), soit en prévoyant d'emblée un régime temporaire ou transitoire, en attendant un régime définitif qu'elle devra arrêter.

38.2. Le délégué a déclaré ce qui suit à cet égard :

« La Directive prévoit en effet que les autorités de régulation doivent être compétentes pour établir la méthodologie tarifaire à respecter par les gestionnaires de réseau. Ce point n'est pas contesté. Comme vous avez pu le lire, le projet de loi consacre intégralement cette extension de compétence. La CREG sera l'autorité qui déterminera la méthodologie tarifaire à respecter par les gestionnaires de réseau. Cependant, la Directive prévoit également, en son article 37.6, que 'les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir : [...] les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution ou leur méthode. [...]'. »

[...]

En effet, et tout d'abord, force est de constater que pour le gestionnaire du réseau de transport d'électricité, la période régulatoire en cours couvre la période du 1/01/2008 au 31/12/2011. Les tarifs appliqués actuellement étant le produit d'un mécanisme tarifaire qui s'étend sur toute la période régulatoire, il n'est pas indiqué de substituer à ce mécanisme ou à ces tarifs pour le restant de la dernière année de cette période régulatoire un autre mécanisme, voire d'autres tarifs. Le contraire risquerait notamment d'entraîner

³⁶ C.J., 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, C-409/06, point 67.

un effet rétroactif sur les tarifs établis pour la période régulatoire en cours. De ce fait et pour des raisons de sécurité juridique, l'arrêté royal tarifaire du 8 juin 2007 aurait de toute façon dû pouvoir rester en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2011 et des mesures transitoires se seraient de toute façon imposées.

En outre, il ressort de l'article 37.6 de la Directive que les Etats-membres disposent d'un pouvoir d'appréciation par rapport à la manière dont ils entendent transposer ces dispositions tarifaires : ils doivent effectuer un choix entre quatre options par rapport aux compétences du régulateur. Celui-ci doit pouvoir : fixer la méthode tarifaire, fixer les tarifs, approuver la méthode tarifaire ou approuver les tarifs. Il faut déduire de ce choix que l'article 37.6 de la Directive n'a pas d'effet direct. La transposition touche dès lors également à l'option retenue - qui revient à octroyer à la CREG la compétence d'adopter une méthodologie tarifaire. Or, en l'absence de transposition, la CREG ne dispose à l'heure actuelle pas encore de cette compétence et forcément ne l'a pas encore exercée non plus.

Ainsi, à ce jour, en l'absence de cette transposition et en l'absence d'effet direct de l'article 37.6, la loi électricité actuelle et l'arrêté royal tarifaire actuel sont toujours d'application, y compris en ce qu'ils prévoient que pour le 30 juin de la dernière année d'une période régulatoire, le GRT doit (=> 'à l'obligation de') soumettre à l'approbation de la CREG une nouvelle proposition tarifaire valable pour les 4 prochaines années.

Il faut en outre prendre en considération que le projet de loi n'aura pas accompli la suite de son parcours (réception de votre avis, réception de l'avis des Régions, repassage en conseil des Ministres pour la prise en compte de ces avis, débat en commission de la Chambre et vote, débat en plénière et vote, publication au Moniteur ...) avant le 30 juin 2011. Nous aurions pu demander les avis en invoquant l'extrême urgence mais cela nous a semblé incompatible avec l'importance du texte qui vous est soumis.

En conséquence, si la loi électricité et l'arrêté royal ne sont pas modifiés avant le 30 juin 2011, le GRT devra donc soumettre à l'approbation de la CREG pour le 30 juin 2011 au plus tard une proposition tarifaire 2012-2015 conformément à la loi actuelle et à son arrêté d'exécution. Ainsi, au moment de la publication de la loi, le GRT aura déjà établi une proposition tarifaire sur base de l'AR tarifaire actuel, comme le lui impose cet arrêté. En effet, nous ne pouvons décemment pas demander à cet opérateur de ne pas respecter la législation qui s'applique à lui.

Votre proposition alternative soulève également une difficulté pratique liée à la gestion de la ligne du temps. Même si nous mettons nos meilleurs efforts à faire suivre à cet avant-projet un parcours le plus rapide possible, nous sommes déjà certains qu'il ne pourra être voté avant le 30 juin mais nous ne sommes pas en mesure non plus de garantir que celui-ci pourra être voté suffisamment tôt avant la fin de l'année que pour permettre à la CREG d'établir à sa suite une méthodologie tarifaire provisoire complète et au gestionnaire du réseau d'être en mesure d'établir une proposition tarifaire sur base de cette méthodologie tarifaire provisoire, de la soumettre à l'approbation de la CREG et de publier de nouveaux tarifs avant le 1^{er} janvier 2012.

De plus, votre proposition prévoit notamment que la CREG peut ('kan') imposer une méthodologie tarifaire provisoire, qui peut ('kan') avoir pour résultat de prolonger le régime actuel jusqu'à ce qu'elle ait adopté elle-même des règles nouvelles provisoires ou définitives. Ceci ne répond pas suffisamment à notre souci, en ce qu'il laisse trop d'incertitude par rapport à la voie suivie et pourrait en outre conduire à une succession de régimes provisoires. En effet, par exemple, quel régime s'applique si la CREG n'utilise pas la faculté que votre proposition entend lui conférer ? La disposition transitoire figurant dans le projet de loi donne également une possibilité à la CREG de raccourcir la durée de la période régulatoire établie en vertu de l'arrêté royal tarifaire. Cependant, et à

la différence de votre proposition, si la CREG n'exerce pas, en toute autonomie, cette possibilité, elle fera implicitement le choix de faire perdurer transitoirement les règles prévues par l'arrêté royal tarifaire jusqu'à la fin de la période régulatoire. Cela constituerait son choix. Cette hypothèse ne constitue pas l'option que nous privilégions mais cela ne relève pas/plus de notre compétence.

Le régime futur est à ce point différent du régime actuel qu'il abroge, qu'un régime transitoire s'impose. Ce régime transitoire doit sauvegarder le plus possible la sécurité juridique tant pour la période tarifaire en cours que pour celle pour laquelle le gestionnaire de réseau a, sous le régime actuel, une obligation d'introduction de proposition tarifaire. Dans ces circonstances, et pour les raisons de sécurité juridique sus énoncées, la solution transitoire que nous préconisons est ainsi de donner à la CREG la possibilité de n'approuver que les tarifs de la première année (2012) résultant de la proposition tarifaire pluriannuelle (2012-2015) que ce GRT aura soumis à son approbation en vertu de l'arrêté royal tarifaire, comme le lui impose cet arrêté. Ainsi, les mois séparant la publication de la loi avec le 30 juin 2012 pourront être mis à profit pour établir la méthodologie à partir de laquelle le GRT devra établir une nouvelle proposition tarifaire pour la période débutant au 1/01/2013 et finissant à la date que la CREG déterminera. Nous estimons que tant la portée que la durée de ce régime transitoire est proportionné au but poursuivi.

Il n'est pas sans importance de se rappeler que l'arrêté royal tarifaire du GRT a été établi sur proposition de la CREG et que, contrairement aux autres arrêtés tarifaires, il n'a jamais fait l'objet d'aucune contestation tant de la CREG que du GRT. Rappelons également que la CREG détient d'ores et déjà le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable de chaque coût que le GRT entend faire couvrir par les tarifs.

[...] [N]ous avons envisagé un temps d'imposer la prolongation des tarifs actuellement appliqués par le gestionnaire du réseau pour couvrir l'année 2012 de telle manière à permettre à la CREG d'établir dans l'intervalle la méthodologie tarifaire à partir de laquelle une nouvelle proposition tarifaire devra être établie pour la période 2013- Cette solution a rapidement été abandonnée tant elle mettait directement à mal le pouvoir de détermination des tarifs par la CREG, d'une part, et, d'autre part, qu'elle générerait une inadéquation des tarifs 'gelés' avec l'évolution des coûts supportés par le GRT (or, les tarifs doivent refléter les coûts) et qu'elle exigeait, au vu des mécanismes prévus par cet arrêté, de prévoir dans la loi les enveloppes de coûts gérables et non gérables couverts par les dits tarifs.

Sur base de tous ces éléments, prolonger la validité de l'arrêté royal tarifaire du GRT pour une période régulatoire d'un an si la CREG en fait le choix nous a paru être la disposition transitoire la plus adaptée au contexte, et la plus à même de respecter le pouvoir du régulateur d'apprécier les coûts à mettre à charge des tarifs et les droits du gestionnaire de réseau à bénéficier d'un cadre clair connu de lui suffisamment à l'avance. Comme son nom l'indique, il s'agit bien ici d'une disposition transitoire permettant de passer le plus sagement de la régulation organisée par les arrêtés royaux tarifaires établis sur proposition de la CREG à la régulation organisée par la CREG en toute autonomie.

Par parenthèse, pour les gestionnaires de réseau de distribution, la période régulatoire actuelle, sous l'égide de l'arrêté royal tarifaire distribution du 2 septembre 2008, porte du 1/01/2009 au 31/12/2012 inclus. Une nouvelle période régulatoire débutera donc à partir du 1^{er} janvier 2013. La procédure d'établissement de la méthodologie tarifaire que la CREG devra établir selon le dispositif du projet de loi soumis à votre avis, a été construite de sorte que cette méthodologie puisse être connue des gestionnaires de réseau de distribution quelques semaines/mois avant le 30 juin 2012 de telle manière à leur permettre d'établir une nouvelle proposition tarifaire

conformément à la méthodologie établie par la CREG pour la période débutant au 1^{er} janvier 2013. Ainsi, la disposition transitoire s'appliquant au GRD engendre aussi une prolongation de la validité de l'AR tarifaire GRD jusqu'au 31/12/2012. »

38.3. Ce point de vue ne saurait être partagé. Le fait que la directive 2009/72/CE n'a pas encore été transposée et que les deux arrêtés royaux visés s'appliquent toujours pour l'instant, ne justifie pas pour autant que la transposition en projet de la directive implique, en méconnaissance de l'article 37, paragraphe 1, a) de la directive, qu'une loi fixe les règles relatives aux tarifs de transport ou de distribution ainsi qu'à leurs méthodes de calcul. Indépendamment encore de la question de savoir si l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE a la portée que le délégué semble lui attribuer, on ne comprend pas comment, en raison du problème évoqué par le délégué concernant le traitement des propositions tarifaires pour la période régulatoire 2012-2015, il serait possible de déroger, à la compétence exclusive de la CREG concernant la fixation des règles relatives aux tarifs de transport ou de distribution et à leurs méthodes de calcul. Comme il vient d'être observé, la CREG peut d'ailleurs décider formellement de maintenir provisoirement les règles existantes, ce qui offre une solution tout aussi adéquate que la réglementation en projet mais, dans ce cas, dans le respect de l'article 37, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE. De plus, la CREG est tout autant liée aux dispositions de la directive 2009/72/CE et à leur transposition par la réglementation en projet, de sorte qu'il peut difficilement être tenu compte de l'hypothèse évoquée par le délégué, pour qui la CREG négligerait d'intervenir dans les délais.

Force est de conclure qu'au lieu de la règle inscrite à l'article 12^{quater}, §§ 2 et suivants, de la loi sur l'électricité, il y a lieu de prévoir expressément la possibilité pour la CREG de fixer les mesures provisoires nécessaires, soit en décidant de maintenir (certains aspects de) l'ancienne méthodologie tarifaire, soit en prévoyant d'emblée une mesure temporaire ou transitoire, en attendant une mesure qu'elle fixe définitivement.

Article 20

39. Conformément à l'article 12^{quinquies}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, les prix proposés par les prestataires des services auxiliaires sur le réseau de transport « [doivent être] suffisamment attractifs pour garantir à court et à long terme leur fourniture au gestionnaire de réseau ». Cette exigence n'apparaît pas comme telle dans la directive 2009/72/CE et est en outre imprécise. Les auteurs du projet devraient soit l'omettre, soit la préciser conformément aux dispositions applicables de la directive.

Article 22

40. Selon l'article 13, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité, le ministre peut demander à la CREG, si les investissements du gestionnaire de transport dans le cadre du plan de développement ne suffisent pas, de lui donner ainsi qu'à la Chambre des représentants, un avis sur la nécessité « de réviser ou non les méthodologies tarifaires fixées en application de l'article 12 de la présente loi ».

Puisque ce n'est pas la CREG qui fixe la méthodologie, il est peu utile de lui faire émettre un avis sur la matière en question. Si, en demandant l'avis de la CREG, l'objectif était en fait de susciter une prise de position gouvernementale ou parlementaire sur une modification de la méthodologie souhaitée par le ministre, la mesure en projet serait en outre contraire aux exigences d'indépendance contenues à l'article 35, paragraphe 4, b), ii), et paragraphe 5, a), de la directive 2009/72/CE.

Article 23

41. L'article 15, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi sur l'électricité détermine les raisons pour lesquelles le gestionnaire du réseau de transport peut refuser l'accès au réseau de transport à des tiers. Cette disposition transpose l'article 32, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE (dans la mesure où la capacité nécessaire sur le réseau de transport serait insuffisante) de même que l'article 3, paragraphe 14 (dans la mesure où l'accès au réseau de transport serait une entrave à la bonne exécution d'une obligation de service public). La dernière disposition de la directive qui vient d'être évoquée, n'est toutefois pas entièrement transposée, notamment en ce qui concerne la deuxième condition qui y figure, exigeant que « le développement des échanges n'en soit pas affecté dans une mesure qui serait contraire aux intérêts de la Communauté [lire : de l'Union] », dont la « concurrence en ce qui concerne les clients éligibles conformément à la présente directive et à l'article 86 du traité [sur l'Union européenne] [lire : à l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne] ». Il conviendra de compléter la disposition en projet en ce sens.

En ce qui concerne la procédure de règlement des litiges requise par l'article 32, paragraphe 2, de cette même directive, il est renvoyé à l'observation 78 relative à l'article 45 du projet.

Article 25

42. À l'article 18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, on écrira dans le texte néerlandais « directe lijnen » au lieu de « rechtstreekse lijnen », eu égard au terme défini dans l'article 2, 17°, en projet.

43. Conformément à l'article 18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de la loi sur l'électricité, le Roi peut, après avis de la CREG, arrêter les règles de conduite applicables aux intermédiaires et fournisseurs « en matière de transaction [lire : d'échanges] et d'ajustement ». En ce qui concerne les règles d'ajustement, cette disposition en projet méconnaît l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE, qui dispose que les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir les conditions de, notamment, la prestation de services d'ajustement.

44. Dans l'article 18, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité, il y a également lieu de faire référence aux États membres de l'Espace économique européen.

45. Les mots « d'une manière compréhensible et au niveau du réseau de transport, clairement comparable » (« op een bevattelijke en voor het transmissienet duidelijk vergelijkbare wijze ») ajoutés à l'article 18, § 1^{er}, alinéa 4, 2°, a), en projet, de la loi sur l'électricité visent à transposer l'article 3, paragraphe 9, a), de la directive 2009/72/CE. Le texte néerlandais ne restitue pas correctement la disposition de la directive et en entrave l'intelligibilité. Il y a lieu d'y remédier.

46. L'article 18, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité s'applique aux clients finals raccordés au réseau de transport. On ne perçoit pas pourquoi ces dispositions ne devraient pas tout autant s'appliquer aux clients finals raccordés aux lignes directes.

47. L'article 18, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité renferme des obligations concernant l'utilisation rationnelle de l'énergie à l'égard des fournisseurs et intermédiaires qui utilisent le réseau de transport. Les mesures en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie constituent toutefois une compétence régionale, eu égard à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, h), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. En outre, ces obligations profitent aux clients finals des réseaux de distribution, qui relèvent également de la compétence des régions. Il y a dès lors lieu d'omettre la disposition en projet.

48. On écrira dans le texte néerlandais de l'article 18, § 4, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité « tussenpersonen » au lieu de « grootafnemers ».

49. L'article 18, § 4, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité, dispose que la Commission européenne peut adopter des orientations conformément à l'article 40, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE. Plutôt que d'imposer des obligations aux institutions de l'Union européenne, il y a lieu de disposer qu'il faudra tenir compte des orientations que la Commission européenne arrêtera conformément à la disposition de la directive citée.

Article 26

50. L'article 18*bis*, en projet, de la loi sur l'électricité contient des dispositions relatives aux réseaux fermés industriels.

On peut rappeler l'observation faite ci-dessus concernant la compétence de l'autorité fédérale : cette autorité est compétente pour l'agrément et la gestion de réseaux fermés d'une tension supérieure à 70.000 volts, qu'il soient raccordés ou non au réseau de transport ou à un réseau de distribution, et également pour les tarifs de l'ensemble des réseaux fermés, indépendamment du fait que leur tension soit supérieure ou inférieure à 70.000 volts (voir l'observation 4).

51. L'article 18*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, fixe un régime transitoire pour les gestionnaires d'un réseau fermé industriel existant. S'ils sont en mesure de prouver que le réseau est exclusivement raccordé au réseau de transport à une tension nominale supérieure à 70.000 volts, ils peuvent déclarer le réseau dans les six mois de l'entrée en vigueur de la loi à adopter et acquérir ainsi de plein droit la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel. Il a déjà été relevé ci-dessus que cette disposition ne devrait pas se limiter aux réseaux raccordés au réseau de transport (voir l'observation 4). Si les auteurs du projet accueillent la suggestion visant à omettre cette exigence, ils devront également adapter la règle selon laquelle le gestionnaire de réseau concerné doit produire, dans les six mois de la déclaration, la preuve de la conformité technique du réseau fermé industriel au « réseau de transport ».

Le projet ne régit pas les effets de la non-production de la preuve de conformité dans le délai imparti. Il y aurait lieu d'arrêter des dispositions prévoyant que le gestionnaire de réseau fermé industriel existant et déclaré perd la qualité de « gestionnaire de réseau fermé industriel » s'il n'a pas satisfait aux exigences imposées dans le cadre du régime transitoire. Des

mesures transitoires supplémentaires peuvent éventuellement être arrêtées en ce qui concerne le réseau fermé industriel pour lequel il n'y a plus de gestionnaire ayant la qualité de « gestionnaire de réseau fermé industriel ».³⁷

52. Pour les nouveaux réseaux, l'article 18*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, instaure une procédure de demande où la CREG et le gestionnaire de réseau de transport doivent rendre un avis et où le ministre confère finalement la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel. Le fait que ce soit le ministre qui procède à la désignation, ne paraît pas incompatible avec les prérogatives de la CREG selon la directive puisque l'article 28, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE dispose que les « autorités de régulation nationales ou d'autres autorités compétentes » qualifient un réseau de réseau fermé de distribution.

53. L'article 18*bis*, § 2, d), en projet, a trait aux principes tarifaires et aux tarifs.

53.1. Les dispositions en question permettent d'inférer que le gestionnaire de réseau fermé industriel ne doit pas soumettre les principes tarifaires ou les tarifs pour approbation à la CREG : il lui suffit de fixer les principes tarifaires ou les tarifs conformément aux "orientations" mentionnées dans ces dispositions. Cela implique que les gestionnaires d'un réseau fermé industriel sont dispensés de plein droit de l'obligation de faire approuver au préalable les tarifs par la CREG (voir les articles 12, §§ 6 à 8, et 12*bis*, §§ 6 à 8, en projet, de la loi sur l'électricité - articles 16 et 17 du projet). Il est certes possible de dispenser les réseaux fermés industriels de cette obligation mais selon l'article 28, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE, il revient à la seule autorité de régulation de décider si cette dispense est accordée. Il y a lieu d'adapter le projet sur ce point.

53.2. Il a déjà été souligné ci-dessus que l'article 18*bis*, § 2, d), en projet, de la loi sur l'électricité ne s'applique pas aux réseaux fermés de distribution relevant de la compétence des régions (voir l'observation 4). Il n'est donc pas recouru à la possibilité, mentionnée ci-dessus, de faire dispenser, par la CREG, ces réseaux fermés de distribution de l'obligation de faire approuver préalablement les tarifs par cette commission. Toutefois, on ne comprend pas bien pourquoi il n'est pas fait usage de cette possibilité, dès lors que l'article 23, § 2, alinéa 2, 46°, en projet, de la loi sur l'électricité (article 36 du projet) attribue effectivement à la CREG le pouvoir de vérifier et d'approuver les tarifs ou la méthodologie de calcul « à la demande de l'utilisateur » d'un réseau fermé de distribution raccordé à un réseau de distribution. L'attribution d'un tel

³⁷ On pourrait par exemple prévoir que le propriétaire doit, dans ce cas, intégrer, dans un délai déterminé, le réseau dans le réseau de transport.

pouvoir n'a de sens que si le régime tarifaire normal ne s'applique pas. Il ne serait donc que logique que la CREG soit également compétente pour dispenser le gestionnaire d'un réseau fermé de distribution agréé par une région de soumettre ses principes tarifaires ou ses tarifs préalablement à approbation. Il faudrait compléter le projet par une disposition allant en ce sens.

54. L'article 18*bis*, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité comporte une disposition qui s'applique au « réseau industriel fermé ferroviaire ».

Pour le motif indiqué ci-dessus lors de l'examen de l'article 2, 41°, en projet, de la loi sur l'électricité (article 2 du projet) (observation 7.10.2 relative à l'article 2), il faut omettre l'article 18*bis*, § 3, en projet.

55. Selon l'article 18*bis*, § 4, en projet, de la loi sur l'électricité, la mise en œuvre de cet article peut, si nécessaire, faire l'objet d'un accord de coopération avec les régions.

Cette disposition est superflue. Un accord de coopération est certainement envisageable étant donné que l'autorité fédérale et les régions exercent des compétences exclusives partagées en ce qui concerne les réseaux industriels fermés. Toutefois, un accord de coopération est également toujours possible en vertu de l'article 92*bis*, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. D'ailleurs, un tel accord aura assurément une portée plus large que la mise en œuvre de l'article 18*bis* en projet.³⁸

Mieux vaut dès lors omettre le paragraphe 4 de l'article 18*bis* en projet.

Article 29

56. L'article 20*bis*, 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.

³⁸ Voir, par exemple, en ce qui concerne le règlement de la représentation des autorités de régulation belges auprès de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER), l'observation 68 relative à l'article 37 du projet.

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 justice³⁹ 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/CE⁴⁰, 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 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). Ensuite, il faut examiner la compatibilité avec la directive 2009/72/CE (voir l'observation 58). Enfin, il faut en apprécier la qualité interne (voir l'observation 59).

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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 poursuive 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 ne soit pas porté atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel après le 1^{er} 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 soit clairement définie, transparente, non discriminatoire, contrôlable, et garantisse 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 mesure⁴¹.

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 »⁴².

⁴¹ C.J., 20 avril 2010, *Federutility et autres*, C-265/08, points 33-43.

⁴² *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 »⁴³. 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.

⁴³ *Ibid.*, point 36.

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*⁴⁴. 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 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 »⁴⁵.

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 fournisseurs.⁴⁶

⁴⁴ *Ibid.*, point 37.

⁴⁵ *Ibid.*, point 42.

⁴⁶ *Ibid.*, points 44-46.

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-dessus.

58. Il faut ensuite vérifier la comptabilité de la réglementation en projet avec la directive 2009/72/CE. Pour ce faire, il faut principalement tenir compte de l'indépendance de l'autorité de régulation, requise par l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive. L'implication de la Banque nationale de Belgique dans le contrôle du respect de la réglementation en projet suscite des questions à cet égard.

Selon l'article 37, paragraphe 1, n), de la directive 2009/72/CE, la mission de l'autorité de régulation en ce qui concerne les mesures de protection du consommateur, visées dans l'annexe I de la directive, est certes exercée « en collaboration avec d'autres autorités compétentes ». Il peut s'en déduire que la directive laisse une certaine marge de manœuvre à une collaboration entre la CREG et d'autres autorités compétentes en la matière, dans la mesure où l'indépendance de la CREG est garantie. La collaboration avec d'autres autorités ne peut cependant pas mettre la CREG dans une position dans laquelle elle devrait solliciter ou accepter des instructions directes des gouvernements ou d'autres entités publiques ou privées, dès lors que ce serait contraire à l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE.

L'exposé des motifs justifie le rôle joué par la Banque nationale de Belgique dans la réglementation en projet ainsi que la collaboration en la matière avec la CREG par la complémentarité de leurs compétences, et fait référence à l'expertise de la CREG en ce qui concerne le fonctionnement des marchés du gaz et de l'électricité et à celle de la Banque nationale de Belgique en ce qui concerne l'inflation et l'évolution des prix, sur, notamment, les marchés du gaz et de l'électricité. Compte tenu, notamment, de ce qui vient d'être relevé en ce qui concerne l'article 37, paragraphe 1, n), de la directive 2009/72/CE, cette collaboration ne paraît en principe pas être contraire à la directive.

58.1. Il en va autrement de l'article 20bis, § 5, en projet, de la loi sur l'électricité. Indépendamment de la question de savoir si cette disposition en projet est conforme aux conditions formulées par la Cour de justice dans l'arrêt *Federutility* (voir à ce sujet

l'observation 57), l'intervention de l'autorité de régulation doit, en ce qui concerne l'approbation des hausses de prix, concorder avec l'indépendance requise par l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/72/CE. La disposition en projet présente en la matière un certain nombre d'ambiguïtés et de manquements.

Selon l'article 20bis, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, une hausse de prix pratiquée par un fournisseur doit être notifiée à la CREG, qui statue ensuite après avis de la Banque nationale de Belgique (article 20bis, § 5, alinéa 4, en projet). En l'absence de notification du fournisseur, la CREG et la Banque nationale de Belgique prennent « de leur propre initiative une décision », conformément à l'article 20bis, § 5, alinéa 5, en projet. Cette « décision », appelée dans l'alinéa suivant en projet, « avis », n'est manifestement qu'une décision provisoire, qui, selon l'article 20bis, § 5, alinéa 7, en projet, peut encore faire l'objet de négociations entre, d'une part, le fournisseur et, d'autre part, la CREG et la Banque nationale de Belgique. La CREG ne peut certes prendre de décision définitive qu'en cas d'échec de ces négociations, après avis de la Banque nationale de Belgique, mais il n'en demeure pas moins que la CREG est en principe tenue de négocier avec le fournisseur et la Banque nationale de Belgique sur le contenu de la décision définitive. Pareille règle est incompatible avec l'indépendance de l'autorité de régulation, requise par l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/72/CE.

Il pourrait être donné suite à cette objection en adaptant la règle concernée en ce sens que le fournisseur aura la possibilité de faire valoir ses arguments à l'encontre d'une décision provisoire, la CREG devant alors tenir compte de ces arguments lorsqu'elle prendra une décision définitive. Dans la mesure où la Banque nationale de Belgique est uniquement concernée par la décision provisoire et n'a qu'une fonction consultative dans la décision définitive, son rôle dans cette procédure est conciliable avec l'article 35, paragraphes 4 et 5 de la directive 2009/72/CE, vu notamment l'article 37, paragraphe 1^{er}, n), de cette directive. Il y a cependant lieu d'exclure qu'une éventuelle divergence d'opinion entre la CREG et la Banque nationale de Belgique lors de l'adoption de la décision provisoire en cas de défaut de notification du fournisseur, empêche ou complique démesurément l'élaboration de cette décision provisoire.

58.2. Il a déjà été observé ci-dessus que la règle énoncée à l'article 20bis, § 7, en projet, de la loi sur l'électricité ne paraît pas remplir la condition formulée dans l'arrêt *Federutility*, selon laquelle la mesure concernée doit être limitée dans le temps (voir l'observation 57.2.1). Cette règle est également problématique sous l'angle de l'indépendance de l'autorité de régulation, requise par l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive. En effet, la CREG ne dispose pas de la possibilité de moduler les mécanismes de contrôle des prix dans l'article 20bis, §§ 1^{er} à 5, en projet, ni d'y mettre un terme avant le 31 décembre 2014, voire avant le 31 décembre 2017 si le Roi décide de prolonger la réglementation en projet.

58.3. L'article 20bis, § 4, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit une forme d'arbitrage contraignant entre la CREG et un fournisseur qui conteste la décision de la CREG en matière d'application des mécanismes d'indexation. Cet arbitrage est confié à un « membre neutre et accepté par les deux parties de l'Institut belge des réviseurs d'entreprises ». L'article 37, paragraphe 17, de la directive 2009/72/CE, qui prévoit des « mécanismes appropriés, à l'échelon national, [permettant] à une partie lésée par une décision d'une autorité de régulation d'exercer un recours auprès d'un organisme indépendant des parties concernées et de tout gouvernement », ne paraît certes pas exclure un arbitrage contraignant par un réviseur indépendant mais cette disposition de la directive concerne les décisions définitives de l'autorité de régulation, alors qu'il s'agit dans la disposition en projet d'une décision qui peut encore être suivie d'une deuxième décision de la CREG, demandant au fournisseur de restituer aux clients lésés la partie facturée en trop sous peine d'amende administrative.

Il est douteux que la décision d'un réviseur indépendant puisse influencer ainsi le processus décisionnel de la CREG de manière contraignante, et ce avant que la CREG ait elle-même pris une décision définitive sur l'affaire concernée. Selon l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/73/CE, l'autorité de régulation ne peut en effet pas solliciter ou accepter d'instructions directes des gouvernements ou d'autres entités publiques ou privées dans l'exercice de ses missions de régulation.

59. La cohérence interne du dispositif en projet est également susceptible d'être améliorée. Un certain nombre d'imprécisions et de lacunes doivent être supprimées.

59.1. Bien que le mécanisme de contrôle des prix s'applique aussi bien aux clients finals résidentiels qu'aux PME, les formules d'indexation ne doivent, conformément à l'article 20bis, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité, être publiées par les fournisseurs que pour cette première catégorie

De plus, il n'est, en soi, guère utile pour les consommateurs finals de publier la formule d'indexation si la signification et les valeurs des paramètres, ainsi que les autres éléments du prix et les formules tarifaires ne le sont pas également.

59.2. L'article 20bis, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité ne précise pas quelle information doit précisément être communiquée dans l'aperçu que le fournisseur doit établir ni dans quel délai cet aperçu doit être fourni à la CREG.

59.3. Le Conseil d'État n'aperçoit pas pour quelle raison la Banque nationale de Belgique qui est, selon l'exposé des motifs, compétente pour assurer le suivi de l'inflation et de

l'évolution des prix sur les marchés de l'électricité et du gaz naturel, ne joue aucun rôle dans le contrôle de l'application des mécanismes d'indexation conformément à l'article 20*bis*, § 4, en projet, de la loi sur l'électricité, alors qu'elle est bel et bien associée à l'appréciation de l'admissibilité d'autres hausses de prix pratiquées par les fournisseurs. L'exposé des motifs devrait à tout le moins justifier cette différence flagrante.

59.4. Conformément à l'article 20*bis*, § 4, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité, la CREG peut infliger une amende administrative maximale de 150.000 euros au fournisseur qui omet de restituer aux clients lésés la partie facturée en trop. La question se pose de savoir si une telle amende unique suffit pour inciter le fournisseur à rembourser les clients concernés et s'il ne faudrait pas prévoir un montant par jour civil, comme le prévoit l'article 31, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité (voir l'article 57 du projet).

En outre, le texte n'indique pas clairement quel est le rapport entre cette amende administrative et l'amende administrative visée dans la dernière disposition citée. Si l'intention est que l'application de l'une exclut celle de l'autre, il faudra l'indiquer explicitement. Dans le cas contraire, il faudra préciser à quelles infractions exactes s'applique chacune des amendes administratives.

59.5. Le texte ne contient pas de règle visant à rendre inopérantes les hausses de prix pratiquées en violation de l'article 20*bis*, § 5, en projet, de la loi sur l'électricité. L'alinéa 3, en projet, précise certes que l'entrée en vigueur des hausses de prix qui ont fait l'objet d'une notification, est suspendue tant que la procédure est en cours, mais il n'est pas tenu compte de l'hypothèse où le fournisseur n'a pas notifié la hausse de prix en question et l'a déjà appliquée. Il y a lieu de compléter le règlement en projet afin qu'il tienne compte de cette possibilité.⁴⁷

59.6. Le texte ne fait pas apparaître clairement si l'intention des auteurs du projet est de faire en sorte que l'évolution du prix du gaz naturel puisse jouer un rôle dans l'appréciation de la hausse de prix concernant la fourniture d'électricité, comme il pourrait se déduire de l'article 20*bis*, § 5, alinéa 4, en projet, de la loi sur l'électricité. On voit difficilement comment des subventions croisées entre le secteur du gaz et le secteur de l'électricité seraient possibles dès lors que, conformément à l'article 37, paragraphe 1, f), de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation doit déjà veiller à ce qu'il n'y ait pas de subventions croisées entre des activités de transport, de distribution et de fourniture dans le secteur de l'électricité même.

⁴⁷ Les dispositions relatives aux sanctions, figurant à l'article 31 en projet de la loi sur l'électricité ne paraissent en tout cas pas suffire pour rendre inopérantes de telles hausses de prix, étant donné que dans l'hypothèse concernée, il n'y a pas (encore) de violation d'une disposition de la loi sur l'électricité.

Article 30

60. L'article 20^{ter}, cinquième phrase, en projet, de la loi sur l'électricité dispose qu'un recours de pleine juridiction auprès de la Cour d'appel de Bruxelles peut être ouvert contre la décision définitive de la CREG conformément à l'article 29^{bis}, § 1^{er}, phrase introductive, en projet (article 46 du projet). Cette disposition est superflue, cette possibilité de recours découlant déjà de cette dernière disposition. Il faut donc omettre la cinquième phrase.

Article 36

61. L'article 36 du projet prévoit en premier lieu de modifier l'article 23, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité. Le nouvel alinéa 2 énumère les objectifs de la CREG.

Pour que le texte concorde avec l'article 36, g), de la directive 2009/72/CE, il faut remplacer les mots « clients finals » figurant au début de l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, 7°, en projet, par « clients », et il faut écrire *in fine* « ... et contribuer à garantir la protection des consommateurs ».

62. L'article 36 du projet prévoit ensuite de modifier l'article 23, § 2, de la loi sur l'électricité. Cette disposition énumère les missions de la CREG.

L'article 23, § 2, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, tel qu'il sera modifié est un amalgame de compétences existantes, de compétences amendées et de missions, ainsi que de références à des compétences nouvelles et existantes qui sont réglées séparément ailleurs dans la loi, et ce sans aucune classification identifiable. Le Conseil d'État suggère de remplacer l'ensemble de l'article 23, § 2, par une disposition plus systématique et cohérente.

63. Les modifications de l'article 23, § 2, alinéa 2, de la loi sur l'électricité comportent un certain nombre d'imperfections. Dans le délai qui lui est imparti, le Conseil d'État a pu détecter les imperfections suivantes.

L'article 23, § 2, alinéa 2, 5°, en projet, de la loi sur l'électricité concerne l'obligation de transparence, alors que cette obligation figure également à l'article 23, § 2, alinéa 2, 3°, existant, de cette loi. Il faut supprimer ce double emploi.

À la fin de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8°, en projet, de la loi sur l'électricité, il n'y a pas lieu de faire référence au « règlement (CE) n° 1228/2003 ... tel que remplacé par le règlement (CE) n° 714/2009 », mais il faut faire d'emblée état de ce règlement (CE) n° 714/2009 (avec l'intitulé complet).

L'article 23, § 2, alinéa 2, 13°, existant, de la loi sur l'électricité fait toujours mention des « coûts et pertes » visés à l'article 21, alinéa 1^{er}, 3°, a), de cette loi. L'article 31 du projet supprime cependant la disposition relative aux coûts et pertes dans cet article 21, alinéa 1^{er}, 3°, a). Le projet doit dès lors être complété par une disposition adaptant l'article 23, § 2, alinéa 2, 13°, de la loi sur l'électricité.

Dans l'article 23, § 2, alinéa 2, 14°, existant, de la loi sur l'électricité, il est fait mention de l'approbation des « tarifs visés aux articles 12 à 12*nonies* (sic) ». Cette description ne paraît comporter qu'un résumé très sommaire de l'ensemble des missions confiées à la CREG en ce qui concerne les tarifs. En outre, la formulation ignore que l'article 21 du projet abroge les articles 12*sexies* à 12*novies* de la loi sur l'électricité.

Selon l'article 23, § 2, alinéa 2, 21°, en projet, de la loi sur l'électricité, la CREG doit transmettre au Conseil de la concurrence les informations et les affaires relatives à la libéralisation du marché et de la concurrence. Cette compétence paraît être décrite de manière trop restrictive. En effet, selon l'article 37, paragraphe 4, b), de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation doit elle-même pouvoir imposer certaines « mesures proportionnées et nécessaires » pour « promouvoir une concurrence effective et [...] assurer le bon fonctionnement du marché »⁴⁸.

L'article 23, § 2, alinéa 2, 30°, en projet, fait mention de l'échange de données « sur le plan régional », au sens de l'article 12, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 714/2009 (voir l'article 37, paragraphe 1, u), de la directive 2009/72/CE). Il ne s'agit pas ici des régions au sens de la structure de l'État belge, mais de certaines régions à l'intérieur de l'Union européenne. Afin d'éviter toute confusion, il faudrait exprimer plus clairement le lien avec les régions européennes.

L'article 23, § 2, alinéa 2, 36°, en projet, de la loi sur l'électricité dispose que la CREG surveille, « en concertation avec la Direction générale de l'Énergie », la gestion de la

⁴⁸ De même, l'article 23*bis* existant de la loi sur l'électricité, non modifié par le projet, qui porte spécifiquement sur les bonnes pratiques commerciales et la concurrence, ne prévoit qu'un rapport effectué par la CREG. Il faudrait également adapter cette disposition au regard de l'article 37, paragraphe 4, b), de la directive 2009/72/CE.

congestion du réseau de transport. L'article 37, paragraphe 6, c), et paragraphe 9, de la directive 2009/72/CE confie cette mission exclusivement à l'autorité de régulation. En prévoyant une concertation avec un service dépendant du gouvernement, le projet porte atteinte à l'exigence de l'indivisibilité du régulateur.⁴⁹

Selon l'article 23, § 2, alinéa 2, 37°, en projet, de la loi sur l'électricité, la CREG assure le secrétariat de la Chambre des litiges. Cette disposition est formulée en des termes trop restrictifs. En effet, le règlement des litiges fait partie intégrante des missions de la CREG même (voir l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE).

Selon l'article 23, § 2, alinéa 2, 46°, en projet, de la loi sur l'électricité, la CREG est compétente pour vérifier et approuver « à la demande de l'utilisateur » les tarifs ou la méthodologie de calcul d'un réseau fermé de distribution raccordé à un réseau de distribution. Le Conseil d'État se réfère à l'observation qu'il a formulée précédemment concernant l'article 18bis, § 2, d), en projet, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 53.2 relative à l'article 26 du projet). Si l'article 18bis, § 2, d), en projet, est modifié, il faudra probablement aussi modifier l'article 23, § 2, alinéa 2, 46°, en projet.

64. En ce qui concerne l'attribution des missions à la CREG, il convient ensuite de formuler l'observation générale suivante.

Le projet prévoit, pour certaines missions essentielles, des dispositions particulières dans d'autres articles de la loi sur l'électricité. Il va de soi que le législateur doit arrêter un cadre juridique suffisamment développé transposant pleinement celui qui est imposé par la directive 2009/72/CE. Par contre, le législateur doit se garder de définir ce cadre d'une manière à ce point détaillée qu'il restreindrait exagérément la compétence d'appréciation de la CREG. L'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE respecte certes la compétence du législateur visant à établir les « orientations générales » dont l'autorité de régulation doit tenir compte, mais ces orientations ne peuvent en aucun cas se rapporter aux missions de régulation mentionnées à l'article 37 de la directive 2009/72/CE.

L'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE dispose également que l'autorité de régulation ne peut recevoir d'« instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée ». Le législateur doit *a fortiori* éviter de confier, au Roi ou à

⁴⁹ Voir Commission européenne, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, pp. 3-4.

d'autres organismes publics, certains aspects à soumettre à l'appréciation de la CREG, que ce soit ou non après l'avis de la CREG.

Cette compétence d'appréciation de la CREG sera encore évoquée ultérieurement lors de l'examen d'un certain nombre de dispositions particulières du projet.

65. L'article 23, § 2*bis*, en projet, de la loi sur l'électricité comporte des dispositions relatives au processus décisionnel de la CREG. À première vue, il s'agit ici de transposer l'obligation de motivation visée à l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE et d'insérer un certain nombre de principes de bonne administration dans la disposition. Après analyse, il s'avère toutefois que le fonctionnement de la CREG est réglé d'une manière qui paraît contraire à la directive 2009/72/CE.

En effet, la réglementation en projet prévoit non seulement que la CREG doit motiver ses décisions, mais aussi qu'elle doit transmettre chaque fois un projet de décision aux entreprises concernées, de manière à leur permettre de formuler leurs observations à ce sujet. Ce projet de décision, ainsi que la décision même, devront être rendus publics conjointement avec les observations des parties et les motifs pour lesquels la CREG en a tenu compte ou pas.

L'obligation de demander systématiquement les réactions de certains acteurs du marché quant aux projets de décisions est contraire à l'interdiction de demander ou de recevoir des instructions de gouvernements ou d'autres entités publiques ou privées, visée à l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE. Si la réglementation en projet a pour objet de veiller à ce que la CREG soit informée utilement des incidences possibles de ses décisions, il faut souligner que cette dernière dispose déjà des moyens nécessaires pour ce faire. En effet, elle peut demander aux intéressés les informations nécessaires et elle pourrait même entendre les intéressés dans les cas où une audition serait pertinente.

Par ailleurs, la réglementation en projet contient des dispositions qui s'appliquent de la même manière à toutes les décisions de la CREG. Toutes les décisions ne concernent cependant pas juridiquement les entreprises concernées de la même manière. En outre, certaines décisions, notamment celles ordonnant des mesures d'enquête ou imposant des sanctions (voir l'article 37, paragraphe 4, c), d) et e), de la directive 2009/72/CE), peuvent difficilement être communiquées préalablement aux intéressés. Enfin, les délais fixés par le projet ne permettent pas non plus de prendre éventuellement des mesures urgentes.

Les constatations formulées ci-dessus ne signifient pas que la CREG peut faire fi des principes de bonne administration dans l'exécution de ses missions. Elle doit bien entendu tenir compte également des droits des parties à l'égard desquelles elle prend des décisions

contraignantes. Si les auteurs du projet estiment que des garanties doivent être prévues en la matière, il sera préférable d'élaborer une réglementation inscrivant dans la loi un certain nombre de principes. Ils pourraient alors laisser à la CREG le soin d'établir son fonctionnement dans un règlement d'ordre intérieur tenant compte de ces principes. Dès lors, si les auteurs du projet entendent insérer dans la loi même certaines règles de procédure, ils devront en tout cas veiller à ce que ces règles soient suffisamment souples pour que la CREG puisse exercer dûment ses missions sans être limitée par des formalités inutiles.

66. L'article 23, § 3, en projet, de la loi sur l'électricité, qui porte sur le rapport annuel de la CREG, dispose en son alinéa 3 que la CREG décrit dans ce rapport la manière « dont elle a atteint les objectifs formulés dans sa note de politique générale ainsi que dans les orientations générales édictées par le gouvernement ».

Le texte n'indique pas clairement quelles sont les orientations générales visées et quelle disposition légale en constitue le fondement juridique. Il faudrait préciser le projet sur ce point. À cet égard, il y a lieu de veiller à ce que les orientations ne concernent pas les missions de régulation visées à l'article 37 de la directive 2009/72/CE (voir l'observation 64).

67. Selon l'article 23, § 5, en projet, de la loi sur l'électricité, les membres du personnel de la CREG et les personnes chargées de sa gestion doivent agir indépendamment de tout intérêt commercial et ne peuvent solliciter ni accepter d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée. Cette disposition répond en soi à l'article 35, paragraphe 4, b), de la directive 2009/72/CE.

Toutefois, l'article 23, § 5, b), en projet, de la loi sur l'électricité ajoute d'emblée à l'interdiction relative aux instructions directes que « cette exigence est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec toutes autres autorités compétentes ainsi que d'orientations générales édictées par le gouvernement ».

L'obligation pour la CREG d'être en « étroite concertation » avec les autres autorités compétentes ne soulève en soi aucune objection. Pareille obligation ne paraît en effet pas contraire à l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE, dans la mesure où celui-ci prévoit que l'autorité de régulation ne peut recevoir d'« instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée ».

Par contre, dans la mesure où elle impose l'obligation de tenir compte des « orientations générales édictées par le gouvernement », la disposition en projet soulève des

objections. Le Conseil d'État se réfère à son observation relative à l'article 23, § 3, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 66).

Article 37

68. L'article 23^{quater} en projet de la loi sur l'électricité comporte des dispositions relatives à la collaboration de la CREG avec les autorités de régulation des autres États membres de l'Union européenne et l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) (§ 1^{er}) et avec les autorités de régulation régionales (§ 3).

En ce qui concerne la représentation de la Belgique auprès de l'ACER et les contacts avec celle-ci, l'article 23^{quater}, § 3, alinéa 2, en projet, dispose que cette représentation et ces contacts « sont assurés par un représentant de la [CREG] qui agit en concertation formelle avec les autorités de régulation régionales ». L'article 23^{quater}, § 3, alinéa 3, en projet, prévoit que cette collaboration peut, « au besoin », prendre la forme d'un accord de coopération.

Il est inutile de mentionner explicitement que l'autorité fédérale et les régions peuvent conclure un accord de coopération (voir l'observation 55 relative à l'article 26 du projet). Il faut par contre constater qu'un accord de coopération est nécessaire. En effet, l'autorité fédérale ne peut prévoir unilatéralement qu'un représentant de la CREG sera chargé de la représentation et des contacts au niveau communautaire auprès de l'ACER (voir à ce sujet l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE). Tant que cet accord de coopération n'aura pas été conclu, il faudra omettre l'alinéa 2 de l'article 23^{quater}, § 3, en projet.

Article 38

69. L'article 38 du projet modifie l'article 24 de la loi sur l'électricité, lequel organise la CREG. Selon l'article 24, § 1^{er}, en projet, la CREG se compose d'un comité de direction, d'un « service de conciliation et d'arbitrage » et d'une Chambre des litiges, et il y est également créé un conseil général.

Le comité de direction et le conseil général font en outre respectivement l'objet du paragraphe 2 et du paragraphe 3 de l'article 24 de la loi sur l'électricité. Ces dispositions seront examinées ci-dessous. Le service de conciliation et d'arbitrage et la Chambre des litiges sont par ailleurs régis respectivement par l'article 28 et l'article 29 de la loi sur l'électricité ; ces dispositions et leurs modifications en projet seront examinées en rapport avec les articles 43 et 45 du projet (voir les observations 74 à 76 relatives à l'article 43 et l'observation 77 relative à l'article 45).

70. Avant d'aborder plus avant les dispositions relatives à l'organisation du comité de direction et du conseil général, il faut encore évoquer l'article 24, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, dans la mesure où il dispose que le comité de direction de la CREG doit soumettre son règlement d'ordre intérieur à l'approbation de la Chambre des représentants.

En principe, un règlement d'ordre intérieur peut uniquement contenir des dispositions purement pratiques concernant l'organisation interne ou le fonctionnement d'un organisme ou d'un service. Il s'agit dès lors d'un texte que la CREG doit pouvoir établir en toute autonomie, indépendamment de tout organe politique, conformément à l'article 35, paragraphe 5, premier alinéa, a), de la directive 2009/72/CE (et à la disposition parallèle de l'article 39, paragraphe 5, premier alinéa, a), de la directive 2009/73/CE). Prévoir une approbation de la Chambre des représentants n'est pas conciliable avec cette exigence.

71. L'article 38 du projet insère dans l'article 24, § 2, de la loi sur l'électricité des dispositions relatives à la démission des membres du comité de direction.

71.1. En ce qui concerne les motifs d'une démission, l'article 24, § 2, en projet, comporte la disposition suivante :

« Le président et les membres du comité de direction de la commission ne peuvent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne satisfont plus, dans le cadre de l'exécution de leurs missions, aux conditions d'indépendance fixées par la présente loi, la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations ainsi que des arrêtés pris en exécution de ces lois ou violent gravement les dispositions légales ou réglementaires qui leur sont applicables en vertu de ces mêmes lois et arrêtés d'exécution. »

Selon l'alinéa 2 de l'article 35, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE et selon la disposition parallèle de l'article 39, paragraphe 5, de la directive 2009/73/CE, les membres ne peuvent être démis de leurs fonctions « que s'ils ne satisfont plus aux conditions fixées par le présent article ou ont commis une faute selon le droit national ».

Les directives précitées laissent donc à la législation nationale le soin de prévoir quelle sorte de « faute »⁵⁰ peut donner lieu à la démission d'un membre du comité de direction. Le projet limite les cas visés à des violations (graves) des dispositions de la loi sur l'électricité, de

⁵⁰ Le terme équivalent au mot « faute » dans quelques autres versions des directives est « wangedrag » (néerlandais), « misconduct » (anglais) et « Fehlverhalten » (allemand).

la loi sur le gaz et de leurs arrêtés d'exécution, qui concernent le statut des membres du comité de direction. Cette option ne suscite aucune question du point de vue des directives citées.

71.2. En ce qui concerne la procédure de démission d'un membre, l'article 24, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité dispose que cette procédure est engagée par le ministre qui saisit la Chambre des représentants. La Chambre examine l'affaire « en commission parlementaire » et « statue » sur la démission. Si la commission parlementaire estime que le membre doit être démis de son mandat, elle peut accompagner sa « décision » de la caducité des clauses contractuelles prévoyant l'octroi d'indemnités de sortie. « Sur la base de la décision de la Chambre des représentants », l'intéressé est finalement révoqué par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

Sans doute les auteurs du projet visent-ils à renforcer l'indépendance des membres du comité de direction en subordonnant la démission non seulement à une décision du gouvernement mais aussi à une décision d'une commission parlementaire dont, par définition, l'opposition fait également partie. Il n'en demeure pas moins que la Chambre des représentants est un organe politique. Le risque d'une décision fondée sur des considérations politiques n'est donc pas illusoire. En outre, une commission parlementaire n'est par un organe qui a, par nature, vocation à se pencher sur des matières disciplinaires. Les auteurs du projet doivent donc se demander si la procédure en projet est effectivement appropriée pour atteindre l'objectif mentionné.

Si l'intervention de la Chambre des représentants est maintenue, il faudra préciser en tout cas que c'est exclusivement la commission concernée et non l'assemblée plénière qui traite l'affaire. Dans le dernier alinéa en projet de l'article 24, § 2, de la loi sur l'électricité, il faut à cet effet faire référence à la commission parlementaire et non à la « Chambre des représentants ».

En outre, il y aurait lieu de préciser dans quelle mesure la « décision » de la commission est contraignante pour le gouvernement. Le Conseil d'État considère qu'un membre ne peut être révoqué, et son indemnité de sortie annulée, que si la commission a marqué son accord sur une telle décision. Les dispositions en projet paraissent ainsi exclure que le gouvernement soit plus sévère que la commission. En d'autres termes, le gouvernement ne pourrait pas démettre l'intéressé de son mandat ou le priver de son indemnité de sortie si la commission parlementaire n'a pas marqué son accord sur ce point. Les dispositions en projet ne paraissent toutefois pas exclure que le gouvernement soit plus clément que la commission parlementaire et qu'il puisse donc décider tout de même de ne pas démettre l'intéressé de son mandat ou de lui laisser le bénéfice de son indemnité de sortie, même si la commission en a décidé autrement. Que les auteurs du projet approuvent cette interprétation ou qu'ils défendent

une autre interprétation, il faudrait en tout cas qu'ils expriment plus clairement leur intention dans le texte.

72. Le conseil général fait l'objet de l'article 24, § 3, de la loi sur l'électricité, à modifier par l'article 38 de la loi en projet.

Le conseil général est un organe consultatif créé auprès de la CREG et composé de représentants du gouvernement fédéral, des organisations représentatives des travailleurs, des employeurs et des classes moyennes, des associations environnementales, des producteurs, du gestionnaire du réseau, des gestionnaires des réseaux de distribution, des intermédiaires, des fournisseurs et des consommateurs. En d'autres termes, il s'agit de divers acteurs du secteur de l'énergie et de la société civile qui n'ont manifestement pas l'indépendance requise pour faire partie de l'autorité de régulation conformément à l'article 35, paragraphe 4, b), i), de la directive 2009/72/CE (et à la disposition parallèle de l'article 39, paragraphe 4, b), i), de la directive 2009/73/CE).

L'article 24, § 3, alinéa 6, en projet, de la loi sur l'électricité dispose à juste titre que le comité de direction agit indépendamment du conseil général et n'accepte aucune instruction de sa part. Toutefois, il y a également lieu de veiller à ce que le conseil général n'exerce aucune pression illicite sur le comité de direction.

Dans la mesure où le conseil général a pour mission de formuler des avis, d'effectuer des études ou d'être un forum de discussion (actuel alinéa 2, 2° et 3°, et alinéa 4, en projet, de l'article 24, § 3, de la loi sur l'électricité), aucune question de principe ne se pose du point de vue de l'indépendance de la CREG. Il va naturellement de soi que la CREG doit rester totalement libre de suivre ou non les avis du conseil général et par exemple de demander des avis à d'autres acteurs que ceux représentés dans le conseil général.

Dans la mesure où le conseil général a pour mission de définir « d'initiative ou à la demande du ministre, [...] des orientations pour l'application de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution » (actuel article 24, § 3, alinéa 2, 1°, de la loi sur l'électricité), il faut sans doute entendre par là que le conseil général peut donner des avis au ministre sur les orientations à prendre par le gouvernement. En soi, pareille compétence consultative du conseil général ne soulève aucune question. Cependant, on peut se demander ce que signifient les orientations à prendre par le gouvernement. Sur ce point, le Conseil d'État renvoie à l'observation formulée à l'égard de l'article 23, § 3, alinéa 3, en projet, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 66 sur l'article 36 du projet).

49.570/3

58/77

Article 42

73. Conformément aux articles 3, paragraphe 7, et 37, paragraphe 1, n), ainsi qu'à la partie 1, f), de l'annexe I de la directive 2007/72/CE, il y a lieu de garantir à l'intention des clients des procédures transparentes, simples et peu onéreuses pour traiter leurs plaintes, et en particulier le droit à un bon niveau de service et à un traitement des plaintes de la part de leur fournisseur d'électricité, sous la forme d'un système de règlement extrajudiciaire des litiges. L'article 27, §§ 1*bis* et 1*ter*, en projet, de la loi sur l'électricité, qui a manifestement pour objet de transposer les dispositions précitées de la directive, instaure une procédure auprès du service de médiation pour l'énergie afin de traiter les questions et plaintes qui sont soumises par les clients finals.

Indépendamment du fait que ces dispositions de la directive doivent être transposées par les régions dans la mesure où elles concernent la distribution d'électricité par des réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts, pour lesquels les régions sont compétentes⁵¹, les dispositions en projet ne transposent pas correctement les dispositions précitées de la directive, étant donné qu'il s'agit en l'espèce d'un système de règlement extrajudiciaire des litiges à l'intention des clients finals organisé par un service public, à savoir le service de médiation pour l'énergie, et non par les fournisseurs finals, comme l'exige la directive. La circonstance que l'actuel article 27, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité prévoit déjà pareil système, auquel les dispositions en projet ajoutent un certain nombre de conditions basées sur ces dispositions de la directive, n'y change rien.

La réglementation en projet ne contient pas non plus de disposition concernant le système de remboursement et/ou de compensation dont il est fait mention dans les dispositions précitées de la directive. Conformément à l'article 27, § 1*bis*, alinéa 2, en projet, de la loi sur l'électricité, le service de médiation pour l'énergie doit prendre en compte « les dispositions pertinentes régionales ou fédérales, le cas échéant en termes de protection des consommateurs et met en avant (*sic*) la hauteur ainsi que les modalités d'indemnisation ». On peut en déduire qu'en tout état de cause, les auteurs du projet n'envisagent pas de réglementation autonome relative au remboursement et/ou à la compensation.

Dans la mesure où l'autorité fédérale est compétente pour la transposition des dispositions concernées de la directive, les dispositions en projet devront être fondamentalement remaniées en vue d'une transposition correcte et complète.

⁵¹ Pour ce motif, le champ d'application de l'actuel paragraphe 1^{er} de l'article 27 de la loi sur l'électricité, et par là même des paragraphes 1*bis* et 1*ter* en projet, a été limité aux « matières relevant de l'autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéas 4 et 5, et VII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ».

Article 43

74. L'actuel article 28 de la loi sur l'électricité dispose que la CREG organise un service de conciliation et d'arbitrage⁵². L'article 43 du projet modifie cet article. La totalité de l'article 28 doit à présent être examinée à la lumière des dispositions de l'article 37 de la directive 2009/72/CE.

Selon les dispositions en vigueur, non modifiées, de l'article 28 de la loi sur l'électricité, le service de conciliation et d'arbitrage est compétent pour « les différends relatifs aux activités de transport », lesquels « peuvent entre autres concerner l'accès au réseau de transport, l'application du règlement technique et les tarifs visés aux articles 12 à 12novies⁵³ ». Il peut se déduire des travaux parlementaires de ces dispositions qu'il s'agit de différends avec le gestionnaire du réseau de transport qui sont soumis pour règlement à un organe de la CREG.⁵⁴ Le service de conciliation et d'arbitrage s'occupe donc des plaintes visées à l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE.

Ces dispositions de la loi sur l'électricité appellent les observations suivantes.

75. Tout d'abord, les compétences et pouvoirs du service de conciliation et d'arbitrage ne sont pas décrits clairement. En quoi consiste la conciliation ? S'agit-il d'un véritable arbitrage, qui donne lieu à des décisions contraignantes ?

Cette observation est d'autant plus nécessaire que la législation existante prévoit aussi une Chambre de litiges, qui peut connaître du même type de différends (article 29 de la loi sur l'électricité - voir l'article 45 du projet ; article 15/18, en projet, de la loi sur le gaz - article 94 du projet).

Interrogé au sujet des compétences du service de conciliation et d'arbitrage, le délégué a apporté les précisions suivantes :

⁵² Dans le texte néerlandais des articles 38 et 43 du projet (respectivement l'article 24, § 1^{er}, en projet et la modification de l'article 28 de la loi sur l'électricité), il est question du « arbitrage- en bemiddelingsdienst ». Il va de soi qu'il convient d'utiliser chaque fois exactement la même dénomination pour le même organe dans toutes les dispositions de la loi sur l'électricité.

⁵³ Il échet de rappeler, que l'article 21 du projet vise à abroger les articles 12sexies à 12novies de la loi sur l'électricité.

⁵⁴ Exposé des motifs du projet qui est devenu la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-1786/1, pp. 86-87.

« Le service de conciliation et d'arbitrage existe depuis toujours sur le marché libéralisé de l'électricité, ayant été institué par l'article 28 de la loi du 29 avril 1999 relatif à l'organisation du marché de l'électricité [...].

Les modifications apportées à ce service par l'avant-projet de loi (art. 43 et 94) visent à répondre aux exigences de l'article 35 de la directive 2009/72/CE et de l'article 39 de la directive 2009/73/CE en matière d'indépendance des autorités de régulation ainsi que de l'article 34 de la directive 2009/73/CE en matière d'accès aux infrastructures en amont. Ces modifications n'affectent en rien le fait que le service de conciliation et d'arbitrage a vocation à s'appliquer aux litiges entre personnes privées, à l'exception des droits civils et politiques en conformité avec le droit constitutionnel belge. Les différents relatifs à l'accès au réseau de transport d'électricité ou de gaz naturel, à l'accès à des installations de stockage de gaz naturel, de GNL ou en amont, à l'application du règlement technique/du Code de bonne conduite et aux tarifs pour lesquels le service de conciliation et d'arbitrage est compétent (art. 28 de la loi sur l'électricité et art. 15/18 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations [...]) ne concernent en effet pas des droits civils ou politiques.

Le service de conciliation et d'arbitrage n'a, à ce jour, jamais fonctionné.

Ce service est indépendant et distinct de la Chambre des litiges qui a un champ de compétence plus pragmatique. La Chambre des litiges est en effet compétente pour les différends relatifs aux obligations imposées aux gestionnaires de transport, d'installation de stockage de gaz naturel, d'installation de GNL, de distribution et de réseaux fermés industriels, à l'exception des droits et obligations contractuelles (art. 29 de la loi sur l'électricité, tel que modifié par l'article 45 de l'avant-projet de loi et art. 15/18 de la loi sur le gaz, tel que modifié par l'article 94 de l'avant-projet de loi).

La CREG n'est ni juge, ni partie aux décisions du service de conciliation et d'arbitrage. La composition de ce service garantit tout d'abord l'étanchéité nécessaire : les arbitres pouvant être désignés par la Chambre des représentants ne peuvent pas être des membres des organes ou des employés de la CREG (art. 28 de la loi sur l'électricité, tel que modifié par l'art. 44 de l'avant-projet de loi). Le service de conciliation et d'arbitrage ne s'applique ensuite pas à des décisions prises par la CREG. Les recours contre de telles décisions ressortent exclusivement de la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles, en application de l'article 29*bis* de la loi sur l'électricité et de l'article 15/20 de la loi sur le gaz. »

Les explications du délégué ne permettent pas d'établir une distinction claire entre les compétences du service de conciliation et d'arbitrage et celles de la Chambre de litiges. Les auteurs du projet se demanderont s'il est bien opportun de conserver deux mécanismes différents en vue du règlement de litiges identiques ou dans une large mesure identiques. S'ils répondent par l'affirmative à cette question, ils veilleront à ce que la législation indique clairement les compétences respectives du service de conciliation et d'arbitrage et de la Chambre de litiges, de quelle manière ils traitent les plaintes et quelles sont les effets de leurs décisions.

76. Par ailleurs, le service de conciliation et de médiation est créé en tant qu'organe de la CREG. Il est certes possible d'avoir différents organes auprès du régulateur de l'énergie, mais

tous ces organes doivent alors faire partie intégrante de l'autorité de régulation et satisfaire à toutes les conditions d'indépendance.

La Commission européenne a fourni les précisions suivantes à cet égard :

“In some Member States, the single national regulatory authority is comprised of several bodies (e.g. board, secretariat or chamber). The new requirement of having a single national regulatory authority does not in principle prevent such a structure. The possibility remains to give certain decision-making powers to one body (e.g. director) and other decision-making powers to another body (e.g. board or chamber). However, such structures all need to be integrally part of the single national regulatory authority entrusted with the duties and powers listed in the Electricity and Gas Directives and Regulations and each of these bodies and structures must meet all the independence requirements of the Electricity and Gas Directives.”⁵⁵

Ces conditions ne semblent pas remplies dans le cas du service de conciliation et d'arbitrage. En effet, le service ne se compose pas, expressément, de « membres des organes » (ce qui signifie : des « autres organes ») de la CREG ni de ses employés (actuel article 28 de la loi sur l'électricité). Les conciliateurs ou arbitres peuvent au contraire être choisis sur une liste d'experts établie par la Chambre des représentants (article 28, en projet, de la loi sur l'électricité - article 43, deuxième tiret, du projet). En outre, le règlement d'ordre intérieur qui doit être rédigé par la CREG pour ce service est approuvé par la Chambre des représentants (article 28, en projet, de la loi sur l'électricité - article 43, premier tiret, du projet).⁵⁶

Une instance qui fonctionne en fait indépendamment de la CREG est donc créée auprès de celle-ci. Bien que l'on puisse comprendre que le législateur souhaite une instance de conciliation et d'arbitrage indépendante, force est de constater que l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE et l'article 41, paragraphe 11, de la directive 2009/73/CE disposent que c'est l'autorité de régulation elle-même qui « en tant qu'autorité de règlement des litiges » doit pouvoir traiter des plaintes contre certaines sociétés du secteur de l'énergie. C'est l'autorité de régulation qui, notamment en examinant des plaintes, doit avoir l'occasion de mener une politique et de trouver un équilibre entre les différents intérêts concernés par un problème.⁵⁷ Les dispositions actuelles et en projet de la loi sur l'électricité et de la loi sur le gaz ne permettent pas à la CREG de remplir cette mission.

⁵⁵ Commission européenne, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, p. 4.

⁵⁶ En ce qui concerne l'approbation de règlements d'ordre intérieur, voir aussi ci-avant l'observation 70 au sujet de l'article 38 du projet.

⁵⁷ Comp. en ce qui concerne les autorités de contrôle en matière de protection des données à caractère personnel, C.J., 9 mars 2010, *Commission c. Allemagne*, C-518/07, points 24 et 30.

Si les auteurs du projet désirent conserver le service de conciliation et d'arbitrage, ils devraient envisager un système confiant la conciliation et l'arbitrage à des services dont la CREG assume elle-même réellement la responsabilité.

Article 45

77. La Chambre de litiges fait l'objet de l'article 29 de la loi sur l'électricité, à modifier par l'article 45 de la loi à adopter.

Selon l'article 29, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, la Chambre de litiges statue sur des « différends entre le gestionnaire et les utilisateurs du réseau relatifs aux obligations imposées au gestionnaire du réseau, aux gestionnaires de réseaux de distribution et aux gestionnaires de réseaux fermés industriels en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution ». La Chambre de litiges se charge donc de traiter les plaintes visées à l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE.

La Chambre de litiges présente les mêmes manquements que le service de conciliation et d'arbitrage. En effet, elle ne se compose pas, expressément, de « membres des organes » (ce qui signifie : des « autres organes ») de la CREG ni de ses employés (actuel article 29, § 2, de la loi sur l'électricité). Au contraire, elle comprend un président, qui est un magistrat de l'ordre judiciaire, et deux membres, désignés en raison de leur compétence en matière de concurrence (article 29, § 2, de la loi sur l'électricité). La Chambre de litiges est donc également une instance créée auprès de la CREG qui travaille en fait indépendamment de celle-ci.

Le Conseil d'État renvoie dès lors à l'observation formulée ci-dessus à l'égard du service de conciliation et d'arbitrage (observation 76 sur l'article 43).

78. La transposition de l'article 32, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE nécessite l'instauration d'un système de règlement des litiges entre le gestionnaire du réseau de transport et les candidats-utilisateurs du réseau en ce qui concerne l'accès au réseau de transport et plus précisément les motifs de refus, visés à l'article 15, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi sur l'électricité. Par souci de clarté, on ajoutera, à l'article 29, § 1^{er}, actuel, de la loi sur l'électricité, les mots « et les candidats-utilisateurs du réseau » après les mots « et les utilisateurs du réseau ».

Article 46

79. La nouvelle phrase introductive en projet⁵⁸ de l'article 29*bis*, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité implique que l'énumération limitative existante qui suit devient une énumération illustrative. Comme l'indique l'exposé des motifs, ce procédé étend les compétences de la Cour d'appel de Bruxelles aux nouvelles compétences de la CREG. Le fait que toutes les compétences actuelles de la CREG soient ainsi énumérées et que toutes les nouvelles compétences ne le soient pas, sans qu'aucune distinction soit opérée en fonction de l'importance relative de ces compétences, annihile l'avantage d'une énumération illustrative.

Mieux vaudrait dès lors renoncer à une énumération, en supprimant les mots « dont notamment celles énumérées ci-après : » de la modification en projet et en faisant porter le remplacement sur l'article 29*bis*, § 1^{er}, de la loi sur l'électricité et pas seulement sur la phrase introductive (comme tel est déjà le cas actuellement, mais erronément).

Article 47

80. L'article 47 abroge l'actuel article 29*ter* de la loi sur l'électricité. Cette disposition prévoit actuellement la possibilité pour toute personne justifiant d'un intérêt d'introduire un recours auprès du Conseil de la concurrence contre certaines décisions de la CREG relatives au contrôle de l'application du règlement technique.⁵⁹ La suppression de cette voie de recours spécifique ne porte quoi qu'il en soit pas atteinte à la possibilité générale de former un recours auprès du Conseil de la concurrence.⁶⁰ Du point de vue de la directive 2009/72/CE, rien ne s'oppose à une telle mesure, d'une part parce qu'elle sert l'unicité et l'indépendance de l'autorité de régulation⁶¹, et d'autre part parce qu'elle respecte mieux le rapport entre la compétence spécifique de l'autorité de régulation, d'un côté, et la compétence générale de l'autorité de la concurrence, de l'autre.⁶²

⁵⁸ L'intention des auteurs est clairement de remplacer uniquement la phrase introductive du paragraphe 1^{er} et pas l'ensemble du paragraphe. On précisera ce point.

⁵⁹ Voir l'article 23, § 2, alinéa 2, 9°, de la loi sur l'électricité.

⁶⁰ Article 44 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006.

⁶¹ Voir l'article 35, paragraphes 1, 4 et 5, de la directive 2009/72/CE.

⁶² Voir l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Article 48

81. L'article 29^{quater}, § 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit la possibilité pour la Cour d'appel de Bruxelles d'ordonner la suspension de l'exécution de « toutes décisions de la [CREG] prises en application des articles 12 à 12^{novies}⁶³ par lesquelles la [CREG] violerait la loi, blesserait l'intérêt général ou qui seraient contraires aux lignes directrices de la politique de l'énergie du pays, en ce compris les objectifs du gouvernement relatifs à l'approvisionnement du pays en énergie ».

Charger une juridiction d'examiner des décisions à la lumière de « l'intérêt général », des « lignes directrices » et des « objectifs du gouvernement » est difficilement compatible avec le principe qui veut que des juridictions ne se prononcent pas sur l'opportunité d'une décision administrative et se bornent à vérifier la conformité de celle-ci avec des règles de droit et des principes généraux du droit. Si les critères de contrôle précités sont admis dans le cadre d'un recours administratif formé contre la décision d'un organe administratif déterminé, qui peut prendre une nouvelle décision sur la base d'autres conceptions politiques, ils ne sont pas à leur place dans le cadre d'un recours juridictionnel formé auprès d'une juridiction telle que la cour d'appel.

Un recours juridictionnel formé contre des décisions de la CREG sous la forme d'un contrôle de légalité est acceptable et même nécessaire. Toutefois, l'examen, prévu par la disposition en projet, des décisions de la CREG à la lumière de « l'intérêt général », des « lignes directrices » et des « objectifs du gouvernement », qu'il ait lieu dans le cadre d'un recours administratif ou juridictionnel, est incompatible avec le principe qui veut qu'il n'existe qu'une seule autorité de régulation nationale pour chaque État membre (voir l'article 35, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE). La création d'une instance qui, après la décision de la CREG, peut revoir ses décisions pour des motifs d'opportunité, revient en effet à scinder le pouvoir de décision de l'autorité nationale de régulation entre deux instances. En outre, la réglementation en projet méconnaît l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive, qui garantit l'indépendance de l'autorité de régulation. Ces observations sont d'autant plus pertinentes que, comme le souligne également l'exposé des motifs, le gouvernement peut introduire un recours auprès de la cour d'appel en vue de la suspension de l'exécution de certaines décisions de la CREG pour les motifs précités.

Force est de conclure qu'il y a lieu d'omettre les critères susvisés de la disposition en projet.

⁶³ Il échet de rappeler, que l'article 21 du projet vise à abroger les articles 12^{sexies} à 12^{novies} de la loi sur l'électricité.

Article 57

82. Conformément à l'article 31, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité, la CREG peut enjoindre à toute personne physique ou morale établie en Belgique de se conformer à des « dispositions déterminées de la présente loi, de ses arrêtés d'exécution, de lois subséquentes relatives aux tarifs ou relative (lire : « relatives ») à la cotisation visée à l'article 21*bis*, ou de toutes autres dispositions dont elle assure le contrôle en vertu de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8°, de la présente loi dans le délai que la [CREG] détermine ». L'article 31 en projet ne précise cependant pas quelles « lois relatives aux tarifs ou relative[s] à la cotisation visée à l'article 21*bis* » sont précisément visées. Il convient de clarifier ce point.

83. L'article 31, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur l'électricité instaure une amende administrative qui ne peut être, par jour civil, inférieure à 1.240 euros ni supérieure à 100.000 euros, ni, au total, supérieure à 2.000.000 d'euros ou 3 pour cent du chiffre d'affaires que la personne en cause a réalisé sur le marché belge de l'électricité au cours du dernier exercice clôturé, si ce dernier montant est supérieur à 2.000.000 d'euros.

Conformément à l'article 37, paragraphe 4, d), de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation ou le tribunal compétent, sur la proposition de l'autorité de régulation, doit infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent. En ce qui concerne spécifiquement le gestionnaire de réseau de transport ou l'entreprise verticalement intégrée⁶⁴, cette sanction va, selon la disposition précitée de la directive, jusqu'à 10 pour cent maximum du chiffre d'affaires annuel. Étant donné que selon la disposition en projet, la CREG ne peut infliger à un gestionnaire de réseau ou à une entreprise verticalement intégrée (selon les termes de la directive) une amende administrative supérieure à 3 pour cent du chiffre d'affaires, du moins si ce montant dépasse 2.000.000 d'euros, la disposition en projet n'est pas conforme, dans la mesure indiquée, à la disposition précitée de la directive. Il y a lieu d'y remédier.

⁶⁴ Selon l'article 2, 21, de la directive 2009/72/CE, une entreprise verticalement intégrée est une « entreprise d'électricité ou un groupe d'entreprises d'électricité qui confie directement ou indirectement à la même personne ou aux mêmes personnes l'exercice du contrôle, et qui assure au moins une des fonctions suivantes : transport ou distribution, et au moins une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité ».

II. Modifications de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (chapitre III du projet)

Article 59

84. La définition existante du terme « transport de gaz » dans l'actuel article 1^{er}, 7°, de la loi sur le gaz est remplacée à l'article 59 du projet par une définition du terme « transport ». Cette définition, qui concerne exclusivement le transport de *gaz naturel*, n'est pas compatible avec l'article 2 de la loi sur le gaz, qui règle son champ d'application et qui ne se limite pas au gaz naturel. Du reste, l'article 2, § 4, en projet, de la loi sur le gaz (article 60 du projet) traite explicitement du transport de biogaz et d'autres types de gaz sur le réseau de transport de gaz. Il semble dès lors indiqué d'élargir la définition en projet à d'autres types de gaz que le seul gaz naturel.

La même observation peut être formulée à l'égard de la définition existante du terme « réseau de transport de gaz naturel » (actuel article 1^{er}, 10°bis, de la loi sur le gaz).

85. Dans l'actuel article 1^{er}, 19°, de la loi sur le gaz, on ajoutera à la définition du terme « entreprise liée », les mots « et/ou une entreprise appartenant aux mêmes actionnaires », afin que cette définition corresponde à celle de l'article 2, 22, de la directive 2009/73/CE.

86. Dans l'actuel article 1^{er}, 33° et 35°, de la loi sur le gaz, les définitions des termes « gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel » et « gestionnaire d'installation de GNL » ne correspondent pas aux définitions qui en sont données à l'article 2, 10 et 12, de la directive 2009/73/CE. Il convient de les adapter.

87. À l'article 1^{er}, 56°, 57° et 58°, en projet, de la loi sur le gaz, les notions de « réseau fermé industriel », « gestionnaire de réseau fermé industriel » et « utilisateur de réseau fermé industriel » ne sont pas définies. Ces dispositions concernent la transposition de l'article 28 de la directive 2009/73/CE.

Il est fait référence, *mutatis mutandis*, aux observations formulées à propos de l'article 2, 41°, 42° et 43°, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 7.10.1, 7.11 et 7.12 au sujet de l'article 2 du projet).

88. L'article 1^{er}, 59°, en projet, de la loi sur le gaz fait référence aux « exigences d'indépendance prévues à l'article [lire : visées aux articles] 8/3 à 8/6 et 15/1 de la présente loi ». On omettra toutefois la référence à l'article 15/1 de la loi sur le gaz, étant donné que cette disposition ne concerne pas l'indépendance des gestionnaires du réseau de transport de gaz naturel.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 65 du projet (article 8, §§ 3, 4^{bis}, 4^{ter}, 4^{quater} et 7, en projet).

89. L'article 1^{er}, 59°, en projet, de la loi sur le gaz vise l'article 8^{bis} de la même loi. Cette disposition n'existe pas et n'est pas non plus insérée par le texte en projet. Peut-être les auteurs entendent-ils faire référence à l'article 8, § 4^{quater}, en projet, de la loi sur le gaz.

La même observation peut être formulée à l'égard des articles 65 (article 8, §§ 4^{quinquies} et 7, en projet) et 90 (article 15/14, § 2, alinéa 2, 26°, en projet) du projet. Cette dernière disposition vise d'ailleurs également à tort l'article 8^{ter} de la loi sur le gaz.

90. À l'article 1^{er}, 61°, en projet, de la loi sur le gaz, on fera référence aux dispositions de droit interne qui ont transposé les dispositions de la directive visées, et non aux dispositions mêmes de la directive.

Article 60

91. Dans l'actuel article 2, § 1^{er}, 1°, de la loi sur le gaz, on remplacera le terme « entreprises de distribution » par le terme « gestionnaires du réseau de distribution », compte tenu de l'introduction de ce dernier terme dans l'article 1^{er}, 13°, en projet, de la loi sur le gaz.

92. À l'article 2, § 4, en projet, de la loi sur le gaz, on utilisera le terme « réseau de transport de gaz naturel » (voir l'actuel article 1^{er}, 10°^{bis}, de la loi sur le gaz) au lieu du terme « réseau de gaz naturel ».

Article 65

93. En ce qui concerne le choix opéré à l'actuel article 8, § 1^{er}, de la loi sur le gaz de prévoir, pour le réseau de transport de gaz naturel, le stockage de gaz naturel et l'installation de GNL, chaque fois un gestionnaire de réseau de distribution, il est renvoyé, *mutatis mutandis*, à l'observation formulée à l'égard de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 13 sur l'article 9 du projet).

En tout état de cause, il y a lieu d'attirer l'attention des auteurs du projet sur les dispositions actuelles de la loi sur le gaz relatives à l'Interconnector Zeebrugge Terminal (IZT) et au Zeepipe Terminal (ZPT). En vertu de l'actuel article 15/1, § 4, de la loi sur le gaz, ces installations ne sont pas gérées par les gestionnaires du réseau de distribution, mais elles le sont « avec les installations en amont dont elles font partie intégrante conformément aux traités internationaux ». L'article 25 de la même loi dispose que les chapitres IV^{ter} et IV^{quater} ne sont pas applicables à ces installations sur le territoire belge. Étant donné que ces installations font partie du réseau de transport sur le territoire belge, elles doivent également être affectées à un gestionnaire de réseau de droit belge. Les dispositions légales précitées seront revues à la lumière de la présente observation.

94. En ce qui concerne l'obligation de certification des gestionnaires de réseau de transport par les autorités de régulation, il est renvoyé, *mutatis mutandis*, aux observations formulées à l'égard de l'article 10, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 22 à 28 sur l'article 14 du projet).⁶⁵

Article 66

95. On rédigera la phrase liminaire du quatrième tiret comme suit : « Un § 1/2 et un § 1/3, rédigés comme suit, sont ajoutés : ».

⁶⁵ À cet égard, les références à l'article 10 de la directive 2009/72/CE dans les observations 22 et 24 doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 10 de la directive 2009/73/CE ; les références à l'article 11 de la directive 2009/72/CE dans les observations 26 et 28 doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 11 de la directive 2009/73/CE, et la référence à l'article 2, 34, de la directive 2009/72/CE dans l'observation 26 doit se lire comme une référence à l'article 2, 36, de la directive 2009/73/CE.

Article 67

96. Dans le texte néerlandais de l'article 8/5*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur le gaz, on écrira « vrijgegeven » au lieu de « bekendgemaakt », afin de se conformer au texte néerlandais de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 2009/73/CE.

97. Dans le texte néerlandais de l'article 8/5*bis*, alinéa 2, en projet, on écrira : « De beheerders bezorgen geen van de bovengenoemde informatiegegevens aan bedrijven die werkzaam zijn in de productie en de levering van aardgas ».

98. On rédigera l'article 8/5*bis*, alinéa 4, en projet, comme suit, compte tenu de l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE : « ... qu'ils ont obtenues de tiers en donnant accès ou en négociant l'accès au réseau de transport de gaz naturel ».

Article 68

99. L'article 8/6, en projet, de la loi sur le gaz vise l'article 8*bis* de la même loi. Cette disposition n'existe pas et n'est pas non plus insérée par les dispositions en projet. Il ressort de l'exposé des motifs que l'intention est de viser l'article 8/5*bis*, en projet, de la loi sur le gaz.

Article 72

100. Dans la phrase liminaire de l'article 72 du projet, on précisera qu'un article 15/4*bis* est inséré dans le chapitre IV*bis* de la loi sur le gaz.

Cette observation s'applique également aux articles 73 et 74 du projet (insertion des articles 15/4*ter* et 15/4*quater* dans le chapitre IV*bis* de la loi sur le gaz).

101. Afin de se conformer à la terminologie de l'article 3, paragraphe 6, de la directive 2009/73/CE, on remplacera chaque fois, à l'article 15/4*bis*, alinéas 1^{er} et 2, le terme « clients finals » par le terme « clients ».

Article 74

102. Le texte néerlandais de l'article 15/4*quater*, alinéa 2, en projet, de la loi sur le gaz pourrait se rapprocher davantage de la terminologie utilisée à l'article 44, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

103. À la deuxième phrase de l'article 15/4*quater*, alinéa 3, en projet, de la loi sur le gaz, les mots « Le présent paragraphe » seront remplacés par « Le présent alinéa ». À la troisième phrase de cet alinéa 3, les mots « au premier alinéa du présent paragraphe » seront remplacés par les mots « à l'alinéa 1^{er} ».

À la deuxième et à la troisième phrase de l'article 15/4*quater*, alinéa 3, en projet, il y a lieu de faire référence non pas à la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, « telle que transposée en droit belge », mais spécifiquement aux dispositions de droit interne transposant cette directive.

104. L'article 15/4*quater*, alinéa 4, en projet, a pour objet de transposer l'article 44, paragraphe 5, de la directive 2009/73/CE. Les termes de cet alinéa pourraient être davantage alignés sur ceux de la directive.

Articles 75 et 76

105. Les articles 15/5*bis* et 15/5*ter*, en projet, de la loi sur le gaz (articles 75 et 76 du projet) contiennent des dispositions plutôt parallèles pour la fixation de la méthodologie tarifaire et l'approbation des tarifs en ce qui concerne respectivement, le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, le gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et le gestionnaire d'installation de GNL (article 15/5*bis*) et les gestionnaires de réseau de distribution (article 15/5*ter*).

Il convient d'examiner ces dispositions à la lumière de l'article 41, paragraphe 6, a), de la directive 2009/73/CE. Selon cette dernière disposition, la fixation ou l'approbation des tarifs, ou du moins de la méthode tarifaire, relève de la compétence des autorités de régulation.

Il est fait référence, *mutatis mutandis*, aux observations formulées à l'égard des articles 12 et 12*bis*, parallèles, de la loi sur l'électricité (voir les observations 30 à 35 sur les articles 16 et 17 du projet).⁶⁶

Article 77

106. L'article 15/5*quater*, en projet, de la loi sur le gaz instaure une obligation spéciale de motivation et de publicité concernant les décisions tarifaires de la CREG.

Il est fait référence, *mutatis mutandis*, à l'observation formulée au sujet de l'article 12*ter*, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 36 sur l'article 18 du projet).⁶⁷

Article 78

107. En ce qui concerne la fixation des tarifs de transport ou de distribution ou les méthodes de calcul de ceux-ci, il est renvoyé *mutatis mutandis* aux observations formulées à l'égard de l'article 12*quater*, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 37 à 38.3 sur l'article 19 du projet).⁶⁸

Article 84

108. L'article 15/9*bis*, en projet, de la loi sur le gaz règle les réseaux fermés industriels.

Il y a lieu de rappeler l'observation formulée ci-dessus concernant la compétence de l'autorité fédérale : cette autorité est compétente pour l'agrément et la gestion des réseaux fermés qui sont exclusivement raccordés au réseau de transport de gaz naturel et elle l'est

⁶⁶ À cet égard, la référence à l'article 35, paragraphe 5, a), de la directive 2009/72/CE dans l'observation 32 doit se lire comme une référence à l'article 39, paragraphe 5, a), de la directive 2009/73/CE ; la référence à l'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE dans l'observation 33 doit se lire comme une référence à l'article 41, paragraphe 10, de la directive 2009/73/CE, et les références aux articles 35, 36 et 37 de la directive 2009/72/CE dans l'observation 34 doivent se lire comme des références aux articles 39, 40 et 41 de la directive 2009/73/CE.

⁶⁷ À cet égard, la référence à l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE doit se lire comme une référence à l'article 41, paragraphe 16, de la directive 2009/73/CE.

⁶⁸ À cet égard, les références à l'article 37 de la directive 2009/72/CE doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 41 de la directive 2009/73/CE.

également en matière de tarifs pour tous les réseaux fermés, indépendamment du réseau auquel ils sont raccordés (voir l'observation 5, relative à la compétence de l'autorité fédérale).

109. En outre, il est fait référence, *mutatis mutandis*, aux observations formulées à l'égard de l'article 18*bis*, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 51 à 55 sur l'article 26 du projet).⁶⁹

110. Enfin, il convient d'encore formuler deux observations de nature plus formelle.

Dans la phrase liminaire de l'article 84, on précisera qu'un article 15/9*bis* est inséré dans le chapitre IV*ter* de la loi sur le gaz.

En outre, l'article 15/9*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi sur le gaz, déroge notamment aux articles « 15/3 à 15/5*novies* », alors que l'article 79 du projet abroge les articles 15/5*sexies* à 15/5*decies* de la loi sur le gaz.

Article 85

111. En ce qui concerne le mécanisme en projet visant à limiter la volatilité des prix de l'énergie pour la fourniture de gaz aux clients résidentiels et PME, il est fait référence, *mutatis mutandis*, aux observations formulées au sujet de l'article 20*bis*, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 56 à 59.6 relatives à l'article 29 du projet ; l'observation 57.2.3 ne vaut cependant pas pour la modification en projet de la loi sur le gaz).⁷⁰

À cet égard, il y a d'ailleurs lieu d'observer que l'article 15/10*bis*, en projet, de la loi sur le gaz mentionne erronément l'« électricité » au lieu du « gaz naturel » à plusieurs

⁶⁹ À cet égard, les références à l'article 28 de la directive 2009/72/CE dans les observations 52 et 53.1 doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 28 de la directive 2009/73/CE.

⁷⁰ À cet égard, les références à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE dans l'observation 56 doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/73/CE ; la référence à la partie 1, g), de l'annexe I de la directive 2009/72/CE dans l'observation 56 doit se lire comme une référence à la partie 1, g), de l'annexe I de la directive 2009/73/CE ; les références à l'article 37 de la directive 2009/72/CE dans les observations 56, 58, 58.1, 58.3 et 59.6 doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 41 de la directive 2009/73/CE, et les références à l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/72/CE dans les observations 58, 58.1 et 58.3 doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 39, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/73/CE.

reprises, manifestement parce que les auteurs du projet ont fait preuve de négligence en reproduisant la disposition en projet précitée de la loi sur l'électricité.

Article 87

112. Aux troisième et quatrième tirets de l'article 87 du projet, il faut remplacer les références au « § 1^{er}, alinéa 3 » et « § 1^{er}, alinéa 4 » de l'article 15/11 de la loi sur le gaz par des références respectivement au « § 1^{er}, alinéa 4 » et « § 1^{er}, alinéa 5 ».

Article 90

113. L'article 90 du projet modifie l'article 15/14 de la loi sur le gaz.

Il est fait référence, *mutatis mutandis*, aux observations formulées à l'égard de l'article 23, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 61 à 65 et 67 sur l'article 36 du projet).⁷¹

Article 91

114. L'article 15/14^{quater}, en projet, de la loi sur le gaz contient des dispositions relatives à la collaboration de la CREG avec les autorités de régulation des autres États membres de l'Union européenne et l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) (§ 1^{er}), et avec les autorités de régulation régionales (§ 3).

Il est fait référence, *mutatis mutandis*, à l'observation formulée au sujet de l'article 23^{quater}, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 68 sur l'article 37 du projet).⁷²

⁷¹ À cet égard, la référence à l'article 36, g), de la directive 2009/72/CE dans l'observation 61 doit se lire comme une référence à l'article 40, g), de la directive 2009/73/CE ; les références à l'article 37 de la directive 2009/72/CE dans l'observation 63 doivent se lire comme des références à l'article 41 de la directive 2009/73/CE ; les références aux articles 35, paragraphe 4, b), ii), et 37 de la directive 2009/72/CE dans les observations 64 et 65 doivent se lire comme des références aux articles 39, paragraphe 4, b), ii), et 41 de la directive 2009/73/CE, et la référence à l'article 35, paragraphe 4, b), de la directive 2009/72/CE dans l'observation 67 doit se lire comme une référence à l'article 39, paragraphe 4, b), de la directive 2009/73/CE.

⁷² À cet égard, les références à l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE doivent se lire comme des références à l'article 39, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

Article 93

115. L'actuel article 15/17 de la loi sur le gaz traite du service de conciliation et d'arbitrage visé à l'article 28 de la loi sur l'électricité.⁷³ L'article 93 du projet modifie cet article 15/17. L'ensemble de cet article 15/17 doit être examiné à la lumière des dispositions de l'article 41 de la directive 2009/73/CE.

Selon les dispositions en vigueur, non modifiées, de l'article 15/17 de la loi sur le gaz, le service de conciliation et d'arbitrage est compétent pour des « différends relatifs aux activités de transport et de fourniture », lesquels « peuvent concerner notamment l'accès au réseau de transport de gaz naturel, aux installations de stockage de gaz naturel, aux installations de GNL, aux installations en amont ou à l'application du code de bonne conduite et des tarifs, visés aux articles 15/5 à 15/5*decies*⁷⁴ ». Compte tenu du parallélisme existant avec l'article 28 de la loi sur l'électricité, on peut supposer qu'il s'agit de différends avec une entreprise de gaz qui peuvent être soumis pour règlement à un organe de la CREG.⁷⁵ Le service de conciliation et d'arbitrage s'occupe donc des plaintes visées à l'article 41, paragraphe 11, de la directive 2009/73/CE.

Il est renvoyé aux observations formulées à l'égard de l'article 28, parallèle, de la loi sur l'électricité (observations 75 et 76 relatives à l'article 43 du projet).

Article 94

116. L'article 15/18, en projet, de la loi sur le gaz traite de la Chambre de litiges visée à l'article 29 de la loi sur l'électricité.

Selon l'article 15/18, en projet, de la loi sur le gaz, la Chambre de litiges statue sur « les différends, entre les utilisateurs du réseau et le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, le gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel, le gestionnaire d'installation de GNL ou le gestionnaire d'un réseau fermé industriel, qui sont relatifs aux obligations imposées à

⁷³ Dans le texte néerlandais de l'article 15/17 en projet de la loi sur le gaz, il est fait mention du « arbitrage- en bemiddelingsdienst ». Il va de soi qu'il s'impose d'utiliser chaque fois exactement la même dénomination pour désigner le même organe dans toutes les dispositions de la loi sur le gaz.

⁷⁴ Il échet de rappeler que l'article 79 du projet vise à abroger les articles 15/5 *sexies* à 15/5*decies* de la loi sur le gaz.

⁷⁵ Exposé des motifs du projet qui est devenu la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, 2008-2009, n° 52-1786/1, p. 90.

ces gestionnaires en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, à l'exception des différends portant sur des droits et obligations contractuels ». La Chambre de litiges connaît dès lors des plaintes visées à l'article 41, paragraphe 11, de la directive 2009/73/CE.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation formulée au sujet de l'article 29, parallèle, de la loi sur l'électricité (observation 77 relative à l'article 45 du projet).

Article 96

117. En ce qui concerne la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles pour les décisions de la CREG, il est renvoyé *mutatis mutandis* à l'observation formulée à l'égard de l'article 29bis, § 1^{er}, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 79 sur l'article 46 du projet).

Article 97

118. En ce qui concerne la suppression de la possibilité de recours au Conseil de la concurrence, il est renvoyé *mutatis mutandis* à l'observation formulée au sujet de l'actuel article 29ter de la loi sur l'électricité (voir l'observation 80 relative à l'article 47 du projet).

Article 98

119. En ce qui concerne la portée de la demande de suspension de l'exécution des décisions de la CREG, il est renvoyé *mutatis mutandis* à l'observation formulée à l'égard de l'article 29quater, § 1^{er}, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir l'observation 81 relative à l'article 48 du projet).⁷⁶

Article 108

120. En ce qui concerne les sanctions relatives au respect des dispositions de la loi sur le gaz et de ses arrêtés d'exécution, il est fait référence *mutatis mutandis* aux observations

⁷⁶ À cet égard, les références à l'article 35 de la directive 2009/72/CE doivent chaque fois se lire comme des références à l'article 39 de la directive 2009/73/CE.

formulées à l'égard de l'article 31, alinéa 1^{er}, parallèle, de la loi sur l'électricité (voir les observations 82 et 83 sur l'article 57 du projet).⁷⁷

⁷⁷ À cet égard, la référence à l'article 37, paragraphe 4, d), de la directive 2009/72/CE dans l'observation 83 doit se lire comme une référence à l'article 41, paragraphe 4, d), de la directive 2009/73/CE.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	J. SMETS,	
	J. VAN NIEUWENHOVE,	conseillers d'État,
	H. COUSY,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	greffier.

Les rapports ont été présentés par Messieurs P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section, et T. CORTHAUT, auditeur adjoint.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Monsieur P. LEMMENS.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A.-M. GOOSSENS

P. LEMMENS