

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.180/1/V
VAN 29 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 9 augustus 2011 door de Minister van Energie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over amendementen op het 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 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 op 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 de amendementen heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING VAN DE AMENDEMENTEN

2. Op 31 mei 2011 heeft de Raad van State advies 49.570/3 gegeven, 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 producten en andere door middel van leidingen.

Thans worden aan de Raad van State drie amendementen op dat voorontwerp van wet voorgelegd.

2.1. Het eerste amendement strekt ertoe in het voorontwerp een artikel 5 in te voegen.² Dat artikel 5 beoogt de aanvulling van artikel 4 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna: elektriciteitswet) met een nieuwe paragraaf 5.

Het amendement moet gelezen worden in het licht van het ontworpen artikel 12, § 5, 10°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de elektriciteitsmarkt (hierna: elektriciteitswet) (artikel 16 van het voorontwerp). Volgens die bepaling moet de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) de door de netbeheerder te hanteren tariefmethodologie vaststellen met inachtneming van de regel dat de compensatiediensten van de onevenwichten van de Belgische regelzone op de meest kostefficiënte wijze worden verzekerd, waarbij wordt voorzien in geëigende stimuli voor de gebruikers van het net om hun injectie en hun afname in evenwicht te brengen. Er is een onevenwicht tussen de injectie en de afname van

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

² In het advies 49.570/3 merkte de Raad van State op dat het toen voorgelegde voorontwerp een artikel 5 bevatte, doch zonder inhoud (opmerking 9).

elektriciteit als een producent per kwartuur een tekort of een overschot aan energie produceert. Om het evenwicht te herstellen, moet de netbeheerder bij overproductie overschotten opkopen, en moet hij tekorten opvangen met stroom die hij van een andere producent betreft. Voor die compensatiedienst moet hij door de producent vergoed worden.³

Het ontworpen artikel 4, § 5, van de elektriciteitswet voorziet in een gunstregime bij de opstart van een nieuwe klassieke elektriciteitscentrale door een producent die in het voorgaande jaar niet meer dan 5% van de totale productie in de Belgische regelzone heeft verzekerd. De ontworpen bepaling houdt in dat de prijs voor de compensatie beperkt wordt tot de marktreferentieprij, waarop een correctiefactor van (slechts) 8 percent⁴ in meer of minder wordt toegepast.⁵ Voor zover de marktreferentieprij positief is, worden overschotten bij overproductie dus opgekocht aan 92 % van de marktreferentieprij, en worden tekorten opgevangen met stroom die aan de producent wordt aangerekend aan 108% van de marktreferentieprij. Die beperking geldt gedurende de eerste 75 dagen van injectie op het net zoals geprogrammeerd door de houder van de productievergunning en meegedeeld aan de netbeheerder, en enkel voor zover de kwartuurnevenwichten kleiner zijn dan 125 MWh. Zoals in de toelichting bij het amendement wordt aangegeven, is de ontworpen beperking ingegeven door een zeker begrip voor de moeilijkheden die kunnen rijzen bij het opstarten van een nieuwe centrale, en willen de stellers van het amendement daarmee investeringen door nieuwe spelers op de Belgische energiemarkt stimuleren. Het is de bedoeling dat de maatregel retroactief wordt toegepast op injecties sinds 1 januari 2011.

2.2. Vervolgens worden twee samenhangende amendementen voorgelegd.

Het eerste van die amendementen beoogt artikel 2 van het voorontwerp aan te vullen met een bepaling waarbij in artikel 2 van de elektriciteitswet een *41bis*^o (lees: *41°bis*) wordt ingevoegd. Het ontworpen artikel 2, *41°bis*, bevat een definitie van het begrip “tractionet

³ Onder het vigerende recht maakt de dienst voor de compensatie van de kwartuurnevenwichten deel uit van de “ondersteunende diensten” die de netbeheerder moet leveren en waarvoor hij aan de producent een vergoeding kan vragen. Die vergoeding maakt deel uit van de tarieven voor de ondersteunende diensten (zie artikel 5, § 3, van het koninklijk besluit van 4 april 2001 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven en de boekhouding van de beheerder van het nationaal transmissienet voor elektriciteit).

⁴ Volgens de gemachtigde is geopteerd voor 8 percent, omdat dit het minimumpercentage is dat de CREG thans als “boete” voor een kwartuurnevenwicht hanteert voor het goedkeuren van tariefvoorstellen.

⁵ In de Franse tekst van het amendement is terecht sprake van “un facteur de correction de plus ou moins 8 pour cent”. In de Nederlandse tekst worden die woorden verkeerdelijk vertaald als “een correctiefactor van ongeveer 8 percent”. De gemachtigde verklaart dat in de Nederlandse tekst moet worden geschreven: “een correctiefactor van 8 percent in meer of minder”. De stellers van het ontwerp zouden er ook aan kunnen denken om te schrijven: “gelijk aan de marktreferentieprij, vermeerderd of verminderd met 8 percent”.

spoor”. Het gaat om de elektrische installaties van de spoorweginfrastructuurbeheerder noodzakelijk voor de uitbating van het spoorwegnet.

Het tweede van die amendementen beoogt in het voorontwerp een artikel 26*bis* in te voegen⁶, waarmee in de elektriciteitswet een artikel 18*ter* wordt ingevoegd. Volgens het ontworpen artikel 18*ter* zijn de regels die gelden voor een gesloten industrieel net, vastgesteld bij het ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet (artikel 26 van het voorontwerp), van toepassing op het tractienet spoor in de mate dat niet in een andersluidende regeling is voorzien in de wet van 4 december 2006 betreffende het gebruik van de spoorweginfrastructuur.

BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE OVERHEID

3.1. Voor het eerste amendement volgt de bevoegdheid van de federale overheid uit artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Op grond van die bepaling is de federale overheid bevoegd inzake onder meer de productie van energie.

3.2. Voor de tweede reeks amendementen kan de bevoegdheid worden gevonden in artikel 6, § 1, X, eerste lid, 2^o*bis*, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Volgens die bepaling vallen de spoorwegen beheerd door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen buiten de bevoegdheid van de gewesten inzake openbare werken en vervoer. Op grond van die bepaling kan de federale overheid dan ook een bijzondere regeling uitwerken voor het tractienet van de spoorwegen.⁷ De federale overheid is daarbij niet gebonden door de beperkingen die gelden ten aanzien van haar bevoegdheid inzake de distributie van elektriciteit (zie artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, *a contrario*). Hoewel volgens de door de Raad van State ingewonnen gegevens de spanning op het tractienet gewoonlijk ver onder de 70.000 volt ligt, is een optreden van de federale overheid dus mogelijk.

⁶ Uiteraard zal dit het artikel 27 van het ontwerp moeten worden, en zullen alle volgende artikelen moeten worden vernummerd. Ook de eventuele kruisverwijzingen zullen in voorkomend geval moeten worden aangepast.

⁷ Advies 49.570/3 van 31 mei 2011, opmerking 7.10.2.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Artikel 5 van het voorontwerp (beperking van de prijs voor de compensatie van kwartuurneevenwichten)

A. Richtlijn 2009/72/EG

4. De ontworpen maatregel dient in de eerste plaats te worden getoetst aan de bepalingen 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.

De in het amendement bedoelde compensatiedienst behoort tot de “balanceringsdiensten”, in de zin van artikel 37, lid 6, b), van richtlijn 2009/72/EG. Volgens die laatste bepaling zijn de regulerende instanties bevoegd voor de vaststelling of **voor** de voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake “de verstrekking van balanceringsdiensten, die zo economisch mogelijk worden uitgevoerd en passende stimuleringsmaatregelen bieden voor netwerkgebruikers om hun input en output op elkaar af te stemmen. De balanceringsdiensten worden op billijke en niet-discriminerende wijze verstrekt en zijn gebaseerd op objectieve criteria”.

4.1. Uit de aangehaalde bepaling van de richtlijn blijkt dat het aan de regulerende instantie toekomt om de voorwaarden te bepalen, of ten minste de methode voor het vaststellen van de voorwaarden, voor het verstrekken van de balanceringsdiensten. Hieruit volgt onder meer dat die bevoegdheid niet aan andere organen kan worden toevertrouwd, noch het voorwerp kan uitmaken van verboden instructies aan de regulerende instantie.⁸

Het staat dan ook aan de CREG om te bepalen in hoeverre in verband met de compensatiediensten een bijzondere regeling kan worden ingevoerd voor producenten die een productie opstarten. In zoverre het ontworpen artikel 4, § 5, van de elektriciteitswet daarvoor zelf een precieze regeling bevat, lijkt het die exclusieve bevoegdheid van de regulerende instantie te miskennen.

⁸ Zie in dezelfde zin, in verband met het vaststellen of het goedkeuren van de tarieven, of ten minste van de tariefmethodologie, bedoeld in punt a) van artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG, advies 49.570/3 van 31 mei 2011, opmerking 30.

4.2. In elk geval moeten die balanceringsdiensten volgens de aangehaalde bepaling van artikel 37, lid 6, b), van richtlijn 2009/72/EG “zo economisch mogelijk worden uitgevoerd en passende stimulatemaatregelen bieden voor netwerkgebruikers om hun input en output op elkaar af te stemmen”. Die bepaling wordt op algemene wijze omgezet in het ontworpen artikel 12, § 5, 10°, van de elektriciteitswet (artikel 16 van het voorontwerp), maar het ontworpen artikel 4, § 5, van die wet lijkt voor bepaalde nieuwe productie-installaties van die regel af te wijken.

De vraag rijst of het voorzien in een korting voor producenten wel verenigbaar is met de regel dat balanceringsdiensten “zo economisch mogelijk” moeten worden uitgevoerd en de netwerkgebruikers ertoe moeten aanzetten om de input en de output van energie op elkaar af te stemmen.

Weliswaar moeten de regulerende instanties - en dus opnieuw niet de wetgever - volgens artikel 37, lid 8, van richtlijn 2009/72/EG bij de vaststelling of goedkeuring van de tarieven of methoden en de balanceringsdiensten ervoor zorgen dat “de transmissie- en distributiesysteembeheerders passende stimulansen krijgen, zowel op korte als op lange termijn, om de efficiëntie te verbeteren, de marktintegratie en de leverings- en voorzieningszekerheid te versterken en verwante onderzoeksactiviteiten te ondersteunen” (zie ook het ontworpen artikel 12, § 5, 20°, van de elektriciteitswet; artikel 16 van het voorontwerp). Maar die bepaling is er juist op gericht om een hoger tarief voor de netwerkbeheerders, gelet op de na te streven doelstellingen, te kunnen verantwoorden, niet om een tijdelijke korting te verantwoorden. Zelfs indien zou worden geargumenteed dat die tijdelijke korting, doordat nieuwe marktdeelnemers zouden worden gelokt, zou kunnen leiden tot een versterking van de “voorzieningszekerheid”, dan nog blijft het problematisch om de beperking tot nieuwe productie-installaties van producenten met een aandeel in de productie van kleiner dan 5% te verantwoorden (zie ook hierna, opmerking 5).

B. Beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

5. In de ontworpen bepaling wordt een verschil gemaakt tussen gevestigde producenten met een productie in de Belgische regelzone van meer dan 5%, enerzijds, en relatieve nieuwkomers op de markt, anderzijds. De eerste categorie producenten kan geen aanspraak maken op de gunstmaatregel bij het opstarten van een nieuwe productie-installatie, de tweede wel. De risico's bij het opstarten van een nieuwe productie-installatie zijn echter voor de twee categorieën precies dezelfde. De vraag rijst dan ook of dit verschil in behandeling kan worden verantwoord vanuit het oogpunt van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in België gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de Europese Unie bij een algemeen beginsel van het recht van de Unie.

Uit de toelichting bij het voor advies voorgelegde amendement kan worden afgeleid dat de verantwoording wordt gezocht in de bedoeling om de mededinging op de Belgische markt te bevorderen.

Het is de Raad van State niet duidelijk of die verantwoording kan volstaan. Weliswaar kan verdedigd worden dat het voor een effectieve mededinging op de elektriciteitsmarkt vereist is dat aan nieuwe, buitenlandse spelers de mogelijkheid moet worden geboden om doeltreffend te concurreren met de van oudsher aanwezige producent of producenten.⁹ Er zou dus verdedigd kunnen worden dat er voor het verschil in behandeling een wettig doel is.¹⁰ Ter verantwoording van de evenredigheid van de maatregel zou erop gewezen kunnen worden dat de maatregel slechts geldt voor kwartuurneevenwichten kleiner dan 125 MWh en enkel voor de eerste 75 dagen van injectie op het net.

De Raad van State beschikt echter niet over alle gegevens om zich met kennis van zaken te kunnen uitspreken. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk of er, bij uitblijven van de ontworpen maatregel, een zodanige rem is op de toegang van nieuwkomers tot de Belgische elektriciteitsmarkt dat er van een effectieve mededinging geen sprake is. Het is ook niet duidelijk in hoeverre het bevorderen van een effectieve mededinging een doelstelling van algemeen belang is, in de zin dat zulke mededinging zou bijdragen tot bijvoorbeeld een verhoging van de energiezekerheid of tot een verlaging van de prijzen voor de consument.

Op dit punt moet de Raad van State zich er dan ook toe beperken een voorbehoud te maken.

⁹ Vgl., in verband met het vrij verkeer van financiële diensten, HvJ, 5 oktober 2004, CaixaBank France, C-442/02, *Jurispr.*, blz. I-8961, punt 13.

¹⁰ In het verleden heeft het Grondwettelijk Hof maatregelen die tot doel hadden de mededinging in de energiesector te bevorderen, verenigbaar verklaard met het gelijkheidsbeginsel (zie Grondwettelijk Hof, nr. 21/2005 van 26 januari 2005, B.12 en B.13). De bedoelde maatregelen leken echter te zijn ingebed in een bredere algemene energiepolitiek, en hadden betrekking op het wegwerken van verschillen tussen de historische monopolist en andere energiebedrijven, veeleer dan op het invoeren van een specifiek gunstregime voor nieuwe marktdeelnemers die met dezelfde problemen worstelen bij het opstarten van een nieuwe centrale als de gevestigde producenten.

C. Verbod van retroactiviteit

6. De beperking van de kosten voor kwartuurneevenwichten tot 8% boven of onder de marktreferentieprijs voor nieuwe productie-installaties wordt toegepast met ingang van 1 januari 2011. De vraag rijst of die regeling wel verenigbaar is met het rechtszekerheidsbeginsel, dat zich in beginsel verzet tegen het verlenen van terugwerkende kracht aan nieuwe wettelijke regelingen.

6.1. In de toelichting bij het amendement wordt in de eerste plaats aangevoerd dat er geen terugwerkende kracht is, nu het effect van de ontworpen maatregel pas merkbaar zal zijn op het ogenblik van de jaarlijkse regularisatie van de tarieven, mede in het licht van de vastgestelde onevenwichten, welke regularisatie zal plaatsvinden eind 2011, begin 2012.

De Raad van State kan het met die zienswijze niet eens zijn. Het gaat niet om een maatregel die pas in werking treedt als het resultaat van het voorbije boekjaar bekend is, maar om een maatregel die invloed heeft op het resultaat zelf van dat boekjaar. De terugwerkende kracht bestaat erin dat alsnog bepaalde kortingen worden toegekend voor kwartuurneevenwichten die al vóór de inwerkingtreding van de ontworpen wet zullen zijn gecompenseerd.¹¹

6.2. Subsidiair – “indien, *per impossibile*, de maatregel toch beschouwd zou kunnen worden als retroactief, ook al betreft (de jaarlijkse regularisatie *a posteriori*) een regelmatige en courante techniek van de (netbeheerder)” – voeren de opstellers van het amendement aan dat er redenen van algemeen belang zijn die de terugwerkende kracht kunnen verantwoorden, met name “de doelen van bescherming (en bevordering) van de nieuwe investeringen en de nieuwe toetreders” en het oogmerk van bevordering van de mededinging.

In dit verband beperkt de Raad van State zich tot de vaststelling dat, in zoverre de ontworpen regeling zou worden toegepast op producenten die vóór de inwerkingtreding van de ontworpen wet een nieuwe productie-installatie hebben opgestart, moeilijk valt in te zien hoe de aangehaalde doeleinden nog met de ontworpen regeling zouden kunnen worden bereikt. Per hypothese heeft de betrokken producent het voor zichzelf immers al uitgemaakt dat het de moeite

¹¹ In dit opzicht valt de ontworpen regeling niet te vergelijken met die waarover het Grondwettelijk Hof uitspraak heeft gedaan in zijn arrest nr. 74/2010 van 23 juni 2010, waarnaar in de toelichting bij het amendement wordt verwezen. Die zaak betrof de invoering van een nieuwe regeling over de verdeling van dividenden van de Nationale Bank van België. Het Grondwettelijk Hof merkte op dat de verdeling van de winsten gebeurde in de loop van het volgende jaar, na afloop van het boekjaar, zodat het opleggen van een verdeelsleutel voor de winsten pas *in de toekomst* uitwerking kon hebben, weliswaar voor het geheel van de winst van het voorbije boekjaar, en het is in die zin dat de terugwerking tot bij het begin van het boekjaar in dat arrest wordt begrepen (overweging B.20.4). In het thans voorliggende geval heeft de ontworpen maatregel wel degelijk gevolgen voor de bedrijfsvoering tijdens het lopende boekjaar.

loont om de investering te doen. Nieuwe investeerders zullen door de retroactieve werking van de ontworpen maatregel niet meer gelokt kunnen worden. Voor hen moet de maatregel beschouwd worden als een beloning achteraf. De daarmee overeenstemmende retroactieve beperking van de mogelijkheid voor de netbeheerder om de kosten verbonden aan de compensatie van onevenwichten op de producent te verhalen, lijkt dan ook moeilijk verantwoord te kunnen worden.

II. Artikelen 2 en 26bis van het voorontwerp (tractienet spoor)

7. De amendementen in verband met het tractienet spoor zijn een reactie op de opmerkingen van de Raad van State in advies 49.570/3 over het ontworpen artikel 2, 41°, tweede lid, van de elektriciteitswet (artikel 2 van het voorontwerp). Volgens die bepaling zou het geheel van de aansluitingspunten van de netten voor tractie-energie die toebehoren aan de beheerder van de spoorweginfrastructuur “geacht (worden)” een gesloten industrieel net te zijn. De Raad van State vond die regeling problematisch, onder meer omdat het tractienet niet voldoet aan alle voorwaarden die bij artikel 28 van richtlijn 2009/72/EG worden gesteld voor het aanmerken van een distributienet als een “gesloten distributiesysteem”.¹²

Het thans voorgelegde ontworpen artikel 18^{ter} van de elektriciteitswet strekt ertoe te bepalen dat op het tractienet spoor de regels van toepassing zijn die gelden voor een gesloten industrieel net, bepaald in het ontworpen artikel 18^{bis} van de elektriciteitswet (artikel 26 van het voorontwerp), in zoverre er geen “andersluidende regeling” is in de wet van 4 december 2006 betreffende het gebruik van de spoorweginfrastructuur.¹³

Die regeling komt erop neer dat het tractienet spoor principieel onderworpen is aan de bepalingen van de wet van 4 december 2006, en dat ingeval van leemtes in die wet een analogische toepassing wordt gemaakt van de bepalingen vervat in het ontworpen artikel 26^{bis} van de elektriciteitswet.

De beheerder van de spoorweginfrastructuur wordt dus niet meer “geacht” de beheerder te zijn van een gesloten industrieel net. De thans ontworpen regeling stuit aldus niet

¹² Advies 49.570/3 van 31 mei 2011, opmerkingen 7.10.2 en 54. De Raad van State maakte ook een opmerking in verband met de bevoegdheid van de federale overheid. Aan die laatste opmerking is tegemoetkomen door de wijze waarop de regeling voor het tractienet spoor thans wordt geconcipieerd (zie hiervóór, opmerking 3.2).

¹³ De thans voorgelegde regeling blijkt in de plaats te komen van die welke was opgenomen in het ontworpen artikel 2, 41°, tweede lid, van de elektriciteitswet, waarover de Raad van State de aangehaalde opmerking heeft gemaakt in advies 49.570/3 van 31 mei 2011. De Raad gaat er dan ook van uit dat het de bedoeling is om in artikel 2 van het voorontwerp het tweede lid uit het ontworpen artikel 2, 41°, van de elektriciteitswet weg te laten.

meer op de bezwaren die de Raad van State in advies 49.570/3 van 31 mei 2011 heeft gemaakt en die steunden op artikel 28 van de richtlijn.

8. Op zich kan het voorts verantwoord zijn om voor het tractienet spoor te voorzien in regels die afwijken van die welke vervat zijn in richtlijn 2009/72/EG, omgezet in de elektriciteitswet. De spoorwegen vallen immers ook onder toepassing van Europese regelgeving, namelijk richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering, omgezet in de wet van 4 december 2006. Er kunnen bovendien raakpunten en dus ook conflicten bestaan tussen de twee genoemde richtlijnen. Geen van die richtlijnen bevat regels om uit te maken hoe een conflict tussen de bepalingen ervan moet worden opgelost. In die omstandigheden kunnen de stellers van het ontwerp zelf een oplossing uitwerken, en daarbij met name opteren voor de principiële voorrang van de wet die de omzetting inhoudt van richtlijn 2001/14/EG.

Voor zover er geen “hard” conflict is tussen de twee richtlijnen, dit is een situatie waarbij de voorschriften van de twee richtlijnen elkaar zonder meer tegenspreken en dus niet tegelijkertijd kunnen worden nageleefd, verdient het vanuit het oogpunt van de eerbiediging van het recht van de Europese Unie aanbeveling om de twee regelingen zoveel mogelijk samen toe te passen. In een zodanige situatie kunnen verplichtingen uit de ene richtlijn dan werken als beperkingen van de vrijheid die in beginsel gelaten wordt door de andere richtlijn. Waar de spoorweginfrastructuurbeheerder op grond van de wet van 4 december 2006 over een bepaalde discretionaire bevoegdheid beschikt, zou hij dus verplicht zijn om die bevoegdheid uit te oefenen op een wijze die strookt met de elektriciteitswet.¹⁴

Indien de stellers van het ontwerp het met die zienswijze eens zijn, zouden zij de toepasselijkheid van het ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet moeten verruimen tot andere gevallen dan enkel die waarin er “geen andersluidende regeling” is in de wet van 4 december 2006.

¹⁴ De wet van 4 december 2006 blijkt aan de spoorweginfrastructuurbeheerder een ruime discretionaire bevoegdheid toe te kennen in verband met het tractienet spoor. Gebruik makend van die bevoegdheid heeft de spoorweginfrastructuurbeheerder, Infrabel, in zijn netverklaring die geldig is vanaf 11 december 2011, bijvoorbeeld voorzien in de mogelijkheid voor spoorwegondernemingen om tractiestroom aan te kopen, niet enkel bij Infrabel zelf, zoals dat tot nu het geval is, maar ook bij gelijk welke andere energieleverancier. Op die manier oefent Infrabel haar bevoegdheid in verband met de levering van elektriciteit voortaan uit op een wijze die nauwer dan voorheen aansluit met het beginsel van de vrije leverancierskeuze, beginsel dat ten grondslag ligt aan richtlijn 2009/72/EG. De wetgever zou die gedragslijn tot een wettelijke verplichting kunnen verheffen door de spoorweginfrastructuurbeheerder te verplichten om, waar mogelijk, de bepalingen van de elektriciteitswet na te leven.

Overigens zal het uiteindelijk aan het Hof van Justitie toekomen om desgevallend uit te maken of de ontworpen regeling de toets aan het recht van de Europese Unie kan doorstaan.

9. Het toepasselijk maken van de bepalingen van het ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet geeft ook aanleiding tot een aantal bijkomende problemen.

9.1. Om te beginnen is niet duidelijk of het de bedoeling is dat alle bepalingen van het ontworpen artikel 18*bis* van toepassing zijn, dan wel of dat alleen geldt voor een aantal ervan. Zo vraagt de Raad van State zich af of de specifieke aanmeldingsplicht bedoeld in het ontworpen artikel 18*bis*, § 1, ook geldt voor de spoorweginfrastructuurbeheerder. In voorkomend geval moet de verwijzing naar het ontworpen artikel 18*bis* nader gepreciseerd worden.

9.2. Voorts lijkt het toepasselijk maken van enkel het ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet niet voldoende om een oplossing aan te reiken in alle gevallen waarin er een conflict bestaat tussen de elektriciteitswet en de wet van 4 december 2006 of in de gevallen waarin de wet van 4 december 2006 de aangelegenheid niet regelt.

Om maar één voorbeeld te noemen, uit artikel 10, § 3, van de wet van 4 december 2006 *juncto* bijlage I, punt, 3, a), van die wet, zoals verder verduidelijkt in de opeenvolgende netwerkverklaringen van Infrabel, volgt dat de beheerder van de spoorweginfrastructuur ook kan optreden als elektriciteitsleverancier. Voor mogelijke conflicten op dit terrein tussen de bepalingen van de elektriciteitswet en die van de wet van 4 december 2006,¹⁵ biedt het ontworpen artikel 18*ter* van de elektriciteitswet geen oplossing. In artikel 18*ter* wordt immers enkel verwezen naar het ontworpen artikel 18*bis* van de elektriciteitswet, dat geen betrekking heeft op de levering van elektriciteit.

¹⁵ Overigens moet erop worden gewezen dat indien de spoorweginfrastructuurbeheerder als leverancier optreedt, er ook een conflict mogelijk is tussen de bepalingen van de wet van 4 december 2006 en de gewestelijke regelgeving die op leveranciers van elektriciteit van toepassing is. *A priori* is niet duidelijk of ook voor die aspecten een beroep kan worden gedaan op artikel 6, § 1, X, eerste lid, 2^o*bis*, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 om een federaal uitzonderingsregime te verantwoorden. Zelfs indien dat zo zou zijn, rijst de vraag of het ontworpen artikel 18*ter* van de elektriciteitswet als een volwaardig uitzonderingsregime kan worden aangemerkt.

9.3. Ten slotte is het niet duidelijk in welke mate de regulerende instantie voor de elektriciteitsmarkt, de CREG, bevoegd is ten aanzien van het tractienet spoor. Uit de toelichting verstrekt door de gemachtigde blijkt dat de ontworpen regeling het onder meer mogelijk moet maken om voor de tractiestroom in bijzondere, afwijkende tarieven te voorzien. Welnu, volgens de elektriciteitswet behoren de tarieven tot de bevoegdheid van de CREG. De stellers van het ontwerp dienen zich dan ook af te vragen of het geen aanbeveling verdient om uitdrukkelijk te bepalen dat de CREG bevoegd is om op te treden in de gevallen waar de elektriciteitswet op grond van het ontworpen artikel 18^{ter} van die wet van toepassing is.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	E. BREWAEYS,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer T. CORTHAUT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 50.180/1/V
DU 29 AOÛT 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Ministre de l'Énergie, le 9 août 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur des amendements sur l'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', 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 des amendements.

*
* *

PORTÉE DES AMENDEMENTS

2. Le 31 mai 2011, le Conseil d'État a donné l'avis 49.570/3 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.

Trois amendements à cet avant-projet de loi sont actuellement soumis au Conseil d'État.

2.1. Le premier amendement a pour objet d'insérer un article 5 dans l'avant-projet². Cet article 5 vise à compléter l'article 4 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après: loi électricité) en y ajoutant un nouveau paragraphe 5.

Il y a lieu de lire l'amendement au regard de l'article 12, § 5, 10°, en projet de la loi du 29 avril 1999 relative au marché de l'électricité (ci-après: loi électricité) (article 16 de l'avant-projet). En vertu de cette disposition, la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (la CREG) doit arrêter la méthodologie tarifaire à utiliser par le gestionnaire de réseau en respectant le principe selon lequel les services de compensation des déséquilibres de la zone de réglage belge ont assurés de la manière la plus efficace en terme de coûts et en prévoyant des

¹ S'agissant d'amendements à un avant-projet de loi, il convient d'entendre par « fondement juridique » la conformité avec les normes juridiques supérieures.

² Dans son avis 49.570/3, le Conseil d'État a observé que l'avant-projet soumis à l'époque comprenait un article 5 toutefois dénué de teneur (observation 9).

éléments d'incitation appropriés pour les utilisateurs du réseau afin d'équilibrer leur injection et leur prélèvement. Il y a un déséquilibre entre l'injection et le prélèvement d'électricité lorsqu'un producteur produit par quart d'heure soit un déficit d'énergie, soit un surplus d'énergie. Pour rétablir l'équilibre, le gestionnaire de réseau doit racheter les surplus en cas de surproduction et pallier les déficits par du courant qu'il achète à un autre producteur. Il doit être rémunéré par le producteur pour ce service de compensation³.

L'article 4, § 5, en projet de la loi électricité prévoit un régime de faveur lors du démarrage d'une nouvelle centrale d'électricité classique par un producteur qui n'a pas assuré, au cours de l'année qui précède, plus de 5% de la production totale dans la zone de réglage belge. La disposition en projet implique que le prix de la compensation est limité au prix de référence du marché auquel est appliqué un facteur de correction de (seulement) 8%⁴ en plus ou en moins⁵. Pour autant que le prix de référence du marché soit positif, les surplus en cas de surproduction sont donc rachetés à 92% du prix de référence du marché et les déficits sont comblés par du courant qui est facturé au producteur à 108% du prix de référence du marché. Cette limitation s'applique aux 75 premiers jours d'injection sur le réseau programmée par le titulaire de l'autorisation de production et communiquée au gestionnaire du réseau, et seulement si les déséquilibres quart horaires sont inférieurs à 125 MWh. Comme l'indique la justification de l'amendement, la limitation en projet s'explique par une certaine compréhension face aux difficultés susceptibles de survenir lors du démarrage d'une nouvelle centrale, et les auteurs de l'amendement veulent ainsi encourager des investissements effectués par de nouveaux acteurs sur le marché de l'énergie belge. L'objectif est d'appliquer la mesure de manière rétroactive aux injections à partir du 1^{er} janvier 2011.

2.2. Deux amendements connexes sont ensuite proposés.

³ Sous l'empire du droit actuellement en vigueur, le service de compensation des déséquilibres quart-horaires fait partie des « services auxiliaires » que le gestionnaire de réseau doit fournir et pour lesquels il peut demander une rémunération au producteur. Cette rémunération fait partie des tarifs des services auxiliaires (voir article 5, § 3, de l'arrêté royal du 4 avril 2001 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs et de comptabilité du gestionnaire du réseau national de transport d'électricité).

⁴ Selon le délégué, le choix s'est porté sur 8% parce que c'est le pourcentage minimum que la CREG utilise actuellement dans l'approbation des propositions tarifaires comme « amende » pour un déséquilibre quart horaire.

⁵ Le texte français de l'amendement énonce à juste titre « un facteur de correction de plus ou moins 8 pour cent ». Dans le texte néerlandais, ces mots sont traduits incorrectement par « een correctiefactor van ongeveer 8 percent ». Le délégué déclare qu'il faut écrire dans le texte néerlandais « een correctiefactor van 8 percent in meer of minder ». Les auteurs du projet pourraient également veiller à écrire: « égal au prix de référence du marché, majoré ou diminué de 8 pour cent ».

Le premier de ces amendements vise à compléter l'article 2 de l'avant-projet par une disposition insérant à l'article 2 de la loi électricité un 41bis° (lire: 41°bis). L'article 2, 41°bis, en projet définit la notion « réseau de traction ». Il s'agit des installations électriques du gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire nécessaires à l'exploitation du réseau ferroviaire.

Le deuxième de ces amendements vise à insérer dans l'avant-projet un article 26bis⁶, insérant un article 18ter dans la loi électricité. Selon l'article 18ter en projet, les dispositions valables pour un réseau industriel fermé, mentionnées dans l'article 18bis en projet de la loi électricité (article 26 de l'avant-projet), s'appliquent au réseau de traction ferroviaire dans la mesure où aucune autre réglementation n'est prévue dans la loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire.

COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ FÉDÉRALE

3.1. Pour le premier amendement, la compétence de l'autorité fédérale découle de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Sur la base de cette disposition, l'autorité fédérale est compétente notamment en matière de production d'énergie.

3.2. Pour la deuxième série d'amendements, la compétence peut être trouvée dans l'article 6, § 1^{er}, X, alinéa 1^{er}, 2°bis, de la loi spéciale du 8 août 1980. Aux termes de cette disposition, les voies ferrées gérées par la Société nationale des chemins de fer belges ne relèvent pas de la compétence des régions en matière de travaux publics et de transport. Sur la base de cette disposition, l'autorité fédérale peut dès lors élaborer un régime spécial pour le réseau de traction des chemins de fer⁷. L'autorité fédérale n'est, à cet égard, pas liée par les limitations qui s'appliquent à sa compétence en matière de distribution de l'électricité (voir l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a), de la loi spéciale du 8 août 1980, *a contrario*). Bien que selon les données recueillies par le Conseil d'État, la tension sur le réseau de traction est habituellement bien inférieure à 70.000 volts, une intervention de l'autorité fédérale est donc possible.

⁶ Qui devra bien entendu devenir l'article 27 du projet et tous les numéros suivants devront être renumérotés. Les éventuels renvois seront, le cas échéant, eux aussi adaptés.

⁷ Avis 49.570/3 du 31 mai 2011, observation 7.10.2.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. Article 5 de l'avant-projet (limitation du prix pour la compensation des déséquilibres quart horaires

A. Directive 2009/72/CE

4. La conformité de la mesure en projet doit en premier lieu être appréciée au regard des dispositions 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.

Le service de compensation visé dans l'amendement relève des « services d'ajustement », au sens de l'article 37, paragraphe 6, b), de la directive 2009/72/CE. En vertu de cette dernière disposition, les autorités de régulation sont compétentes pour fixer ou approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir les conditions concernant « la prestation de services d'ajustement, qui sont assurés de la manière la plus économique possible et qui fournissent aux utilisateurs du réseau des éléments d'incitation appropriés pour qu'ils équilibrent leur apport et leur consommation. Les services d'ajustement sont équitables et non discriminatoires et fondés sur des critères objectifs ».

4.1. La disposition précitée de la directive montre qu'il revient à l'autorité de régulation de fixer les conditions ou au moins la méthode pour fixer les conditions de la prestation des services d'ajustement. Il en ressort notamment que cette compétence ne peut pas être confiée à d'autres organes, ni faire l'objet d'instructions interdites à l'autorité de régulation⁸.

Il revient dès lors à la CREG de déterminer dans quelle mesure il est possible, pour les services de compensation, d'instaurer un régime spécial pour les producteurs qui se lancent dans la production. Comme l'article 4, § 5, en projet, de la loi électricité renferme lui-même à ce sujet des dispositions précises, il semble méconnaître cette compétence exclusive de l'autorité de régulation.

4.2. Dans tous les cas, ces services d'ajustement doivent, conformément à la disposition précitée de l'article 37, paragraphe 6, b), de la directive 2009/72/CE, être « assurés de

⁸ Voir dans le même sens, en ce qui concerne la fixation ou l'approbation des tarifs, ou à tout le moins de la méthodologie tarifaire, visées au point a) de l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE, l'avis 49.570/3 du 31 mai 2011, observation 30.

la manière la plus économique possible et [fournir] aux utilisateurs du réseau des éléments d'incitation appropriés pour qu'ils équilibrent leur apport et leur consommation ». Cette disposition est transposée de manière générale dans l'article 12, § 5, 10°, en projet de la loi électricité (article 16 de l'avant-projet), mais l'article 4, § 5, en projet de cette loi semble déroger à cette règle pour certaines nouvelles installations de production.

La question se pose de savoir si octroyer une réduction pour les producteurs est bien compatible avec la règle selon laquelle les services d'ajustement doivent être assurés « de la manière la plus économique possible » et inciter les utilisateurs du réseau à équilibrer leur apport et leur consommation.

Suivant l'article 37, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE, les autorités de régulation - et donc, à nouveau, pas le législateur - doivent certes prévoir lors de la fixation ou de l'approbation des tarifs ou des méthodes et des services d'ajustement, « des mesures incitatives appropriées, tant à court terme qu'à long terme, pour améliorer les performances, à favoriser l'intégration du marché et la sécurité de l'approvisionnement et soutenir les activités de recherche connexes » (voir également l'article 12, § 5, 20°, en projet de la loi électricité; article 16 de l'avant-projet). Or, cette disposition vise justement à justifier un tarif plus élevé pour les gestionnaires de réseau, compte tenu des objectifs à réaliser, pas à justifier une réduction temporaire. Même dans l'hypothèse où il serait possible d'argumenter que cette réduction temporaire entraîne un renforcement de la « sécurité de l'approvisionnement » en ce qu'elle est susceptible d'attirer de nouveaux opérateurs du marché, il n'en reste pas moins qu'il est problématique de justifier la limitation aux nouvelles installations de production de producteurs ayant une quote-part de production inférieure à 5% (voir également ci-après, l'observation 5).

B. Principe d'égalité et de non-discrimination

5. La disposition en projet opère une distinction entre les producteurs établis ayant une production dans la zone de réglage belge supérieure à 5%, d'une part, et les entrants relativement nouveaux sur le marché, d'autre part. La première catégorie de producteurs ne peut pas prétendre à la mesure de faveur dans le démarrage d'une nouvelle installation de production, la deuxième bien. Les risques liés au démarrage d'une nouvelle installation de production sont toutefois exactement les mêmes pour les deux catégories. La question se pose dès lors de savoir si cette différence de traitement peut se justifier du point de vue du principe d'égalité et de non-discrimination garantis en Belgique par les articles 10 et 11 de la Constitution et garantis dans l'Union européenne par un principe général du droit de l'Union.

Il peut se déduire du commentaire de l'amendement soumis pour avis qu'il serait justifié par la volonté de promouvoir la concurrence sur le marché belge.

Le Conseil d'État ne peut affirmer que cette justification soit suffisante. Certes, il peut se défendre que pour qu'une concurrence soit effective sur le marché de l'électricité, il faille donner l'occasion à de nouveaux acteurs étrangers de faire concurrence de manière efficace au(x) producteur(s) installés de longue date⁹. Il pourrait donc être soutenu qu'il y a bien un but légitime à la différence de traitement¹⁰. Pour justifier le caractère proportionnel de la mesure, on pourrait souligner le fait que la mesure ne s'applique qu'aux déséquilibres quarts horaires inférieurs à 125 MWh et uniquement pour les premiers 75 jours d'injection sur le réseau.

Le Conseil d'État ne dispose toutefois pas de l'ensemble des données pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause. Ainsi, il n'apparaît pas que la non-adoption de la mesure envisagée freine à ce point l'accès au marché belge de l'électricité à de nouveaux arrivants qu'on ne puisse plus parler de concurrence effective. On n'aperçoit pas non plus dans quelle mesure la promotion d'une concurrence effective constitue une finalité d'intérêt public, dans le sens où pareille concurrence contribuerait par exemple à une augmentation de la sécurité énergétique ou à une diminution des prix pour le consommateur.

Le Conseil d'État se limitera par conséquent à émettre une réserve sur ce point.

C. Interdiction de rétroactivité

6. La limitation des coûts des déséquilibres quart horaire à 8% au-dessus ou en-dessous du prix de référence du marché pour les nouvelles installations de production est appliquée à partir du 1^{er} janvier 2011. La question se pose de savoir si cette règle est effectivement compatible avec le principe de la sécurité juridique, qui s'oppose en principe à l'attribution d'un effet rétroactif aux nouvelles règles législatives.

⁹ Comp. au sujet de la libre circulation des services financiers, C.J. 5 octobre 2004, CaixaBank France, C-442/02, *Jurispr.*, p. I-8961, point 13.

¹⁰ Dans le passé, la Cour constitutionnelle a déclaré compatibles avec le principe d'égalité des mesures visant à promouvoir la concurrence dans le secteur de l'énergie (voir Cour constitutionnelle, n° 21/2005 du 26 janvier 2005, B.12 et B.13). Les mesures visées paraissaient toutefois s'inscrire dans une politique énergétique générale plus large et avaient trait à l'élimination de différences entre le détenteur historique du monopole et d'autres entreprises énergétiques, plutôt qu'à l'instauration d'un régime préférentiel spécifique pour de nouveaux opérateurs du marché qui sont confrontés, lors du démarrage d'une nouvelle centrale, aux mêmes problèmes que les producteurs établis.

6.1. Le commentaire de l'amendement invoque en premier lieu qu'il n'y a pas de rétroactivité, dès lors que l'effet de la mesure en projet ne sera perceptible qu'au moment de la régularisation annuelle des tarifs, compte tenu notamment des déséquilibres constatés, régularisation qui aura lieu fin 2011, début 2012.

Le Conseil d'État ne peut partager ce point de vue. Il ne s'agit pas d'une mesure qui n'entre en vigueur que lorsque le résultat de l'exercice précédent est connu, mais d'une mesure qui a un effet sur le résultat même de cet exercice. La rétroactivité réside dans le fait d'encaisser encore certaines réductions pour des déséquilibres quart horaire qui seront déjà compensés avant l'entrée en vigueur de la loi en projet¹¹.

6.2. Subsidiairement – « si par impossible, la mesure pouvait être considérée comme rétroactive, bien que (la régularisation annuelle *a posteriori* soit) une technique régulière et courante du (gestionnaire de réseau) » – les auteurs de l'amendement font valoir que des motifs d'intérêt général peuvent justifier l'effet rétroactif, notamment des « objectifs de protection (et de promotion) des investissements et des nouveaux entrants » et l'objectif de promotion de la concurrence.

À cet égard, le Conseil d'État se borne à constater que, dans la mesure où le régime en projet s'appliquerait à des producteurs qui ont lancé une nouvelle installation de production avant l'entrée en vigueur de la loi en projet, on voit mal comment les objectifs cités pourraient encore être atteints grâce à la mesure en projet. En théorie, le producteur concerné a en effet déjà déterminé par lui-même qu'il valait la peine d'effectuer des investissements. De nouveaux investisseurs ne pourront plus être attirés par l'effet rétroactif de la mesure en projet. À leur égard, la mesure doit être considérée comme une récompense ultérieure. Il paraît dès lors difficile de justifier la limitation rétroactive correspondante de la possibilité pour le gestionnaire de réseau de récupérer auprès du producteur les frais liés à la compensation de déséquilibres.

¹¹ À cet égard, on ne peut comparer le régime en projet avec celui sur lequel la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans son arrêt n° 74/2010 du 23 juin 2010, cité dans le commentaire de l'amendement. Cette affaire concernait l'instauration d'une nouvelle règle de répartition des dividendes de la Banque nationale de Belgique. La Cour constitutionnelle a observé que la répartition des bénéfices se déroulait au cours de l'année suivante, au terme de l'exercice, de sorte que l'imposition d'une clé de répartition pour les bénéfices ne pouvait s'appliquer que *pour l'avenir*, certes pour l'ensemble des bénéfices de l'exercice précédent, et c'est dans ce sens qu'il faut entendre la rétroactivité au début de l'exercice dans cet arrêt (considérant B.20.4). En l'espèce, la mesure en projet a bel et bien des effets sur la gestion pendant l'exercice en cours.

II. Articles 2 et 26bis de l'avant-projet (réseau de traction ferroviaire)

7. Les amendements relatifs au réseau de traction ferroviaire sont proposés en réaction aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis 49.570/3 sur l'article 2, 41°, alinéa 2, en projet, de la loi électricité (article 2 de l'avant-projet). Selon cette disposition, l'ensemble des points de raccordement des réseaux pour l'énergie de traction appartenant au gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire serait « réputé » constituer un seul réseau fermé industriel. Le Conseil d'État a jugé cette règle problématique, notamment parce que le réseau de traction ne remplit pas toutes les conditions posées par l'article 28 de la directive 2009/72/CE pour qualifier un réseau de distribution de « réseau fermé de distribution »¹².

L'article 18ter de la loi électricité, dont le projet est actuellement à l'examen, vise à soumettre le réseau de traction ferroviaire aux règles qui s'appliquent à un réseau fermé industriel, prévues à l'article 18bis, en projet, de la loi électricité (article 26 de l'avant-projet), sauf « disposition contraire » dans la loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire¹³.

Cette règle revient à soumettre en principe le réseau de traction ferroviaire aux dispositions de la loi du 4 décembre 2006, et signifie qu'en cas de lacunes de cette loi, les dispositions inscrites à l'article 26bis, en projet, de la loi électricité seront appliquées par analogie.

Le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire n'est donc plus « réputé » être le gestionnaire d'un réseau fermé industriel. La règle actuellement en projet ne se heurte donc plus aux objections que le Conseil d'État avait formulées dans l'avis 49.570/3 du 31 mai 2011 et qui se fondaient sur l'article 28 de la directive.

8. Ensuite, il peut en soi se justifier de prévoir pour le réseau de traction ferroviaire des règles s'écartant de celles contenues dans la directive 2009/72/CE, et transposées dans la loi électricité. En effet, les chemins de fer relèvent aussi de l'application de la législation

¹²Avis 49.570/3 du 31 mai 2011, observations 7.10.2 et 54. Le Conseil d'État a également formulé une observation sur la compétence de l'autorité fédérale. Il a été répondu à cette dernière observation par la manière dont est actuellement conçu le règlement relatif au réseau de traction ferroviaire (voir ci-dessus, l'observation 3.2).

¹³La règle à l'examen actuellement se substitue manifestement à celle qui figurait à l'article 2, 41°, alinéa 2, en projet, de la loi électricité, sur lequel le Conseil d'État a formulé l'observation citée dans l'avis 49.570/3 du 31 mai 2011. Le Conseil part donc du principe qu'à l'article 2 de l'avant-projet, il s'agit d'omettre l'alinéa 2 de l'article 2, 41°, en projet, de la loi électricité.

européenne, en particulier de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, transposée dans la loi du 4 décembre 2006. En outre, des points de convergence mais donc aussi des conflits peuvent exister entre les deux directives citées. Aucune de ces directives ne comporte de règles permettant de déterminer comment un conflit entre les dispositions de celles-ci doit être résolu. Dans ces circonstances, les auteurs du projet peuvent eux-mêmes élaborer une solution, en optant notamment pour la priorité de principe de la loi qui transpose la directive 2001/14/CE.

Dans la mesure où il n'y a pas de conflit « dur » entre les deux directives, c'est-à-dire une situation dans laquelle les règles énoncées dans les deux directives se contredisent purement et simplement et ne peuvent donc être observées en même temps, il est recommandé pour le respect du droit européen d'appliquer autant que possible conjointement les deux dispositifs. Dans une telle situation, des obligations prévues dans l'une des directives peuvent alors faire office de restriction de la liberté qui est laissée en principe par l'autre directive. Bien que le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire en vertu de la loi du 4 décembre 2006, il serait donc obligé d'exercer ce pouvoir d'une manière conforme à la loi électricité¹⁴.

Si les auteurs du projet partagent ce point de vue, ils devraient étendre l'applicabilité de l'article 18*bis*, en projet, de la loi électricité à d'autres hypothèses qu'à celles-là seules où il n'y a pas de « disposition contraire » dans la loi du 4 décembre 2006.

Par ailleurs, il reviendra en définitive à la Cour de justice d'établir, le cas échéant, si le régime en projet est conforme au droit de l'Union européenne.

9. L'applicabilité des dispositions de l'article 18*bis*, en projet, de la loi électricité soulève également un certain nombre de problèmes supplémentaires.

¹⁴ La loi du 4 décembre 2006 attribue manifestement un large pouvoir discrétionnaire au gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire en ce qui concerne le réseau de traction ferroviaire. Faisant usage de ce pouvoir, le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, Infrabel, a prévu, dans son document de référence du réseau qui s'appliquera à partir du 11 décembre 2011, par exemple la possibilité pour les entreprises ferroviaires d'acheter du courant de traction non seulement auprès d'Infrabel même, comme c'est actuellement le cas, mais également auprès de n'importe quel autre fournisseur d'énergie. Ainsi, Infrabel exercera son pouvoir en ce qui concerne la fourniture d'électricité dorénavant d'une manière se conciliant mieux que précédemment avec le principe du libre choix du fournisseur, principe qui est à la base de la directive 2009/72/CE. Le législateur pourrait ériger cette ligne de conduite en obligation légale en obligeant le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire à respecter autant que possible les dispositions de la loi électricité.

9.1. En premier lieu, il n'est pas déterminé s'il s'agit de faire application de toutes les dispositions de l'article 18*bis*, en projet, ou seulement de certaines d'entre elles. Ainsi, le Conseil d'État se demande si l'obligation de déclaration spécifique, visée à l'article 18*bis*, § 1^{er}, en projet, vaut également pour le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire. Le cas échéant, la référence à l'article 18*bis*, en projet, doit être mieux précisée.

9.2. Ensuite, rendre uniquement l'article 18*bis*, en projet, de la loi électricité applicable ne paraît pas suffisant pour trouver une solution à tous les cas de conflit entre la loi sur l'électricité et la loi du 4 décembre 2006 ou aux cas où la loi du 4 décembre 2006 ne règle pas la question.

Pour ne citer qu'un exemple, il découle de l'article 10, § 3, de la loi du 4 décembre 2006 en combinaison avec l'annexe I, point 3, a), de cette loi, comme le précisent encore les documents de référence du réseau d'Infrabel, que le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire peut également agir en qualité de fournisseur d'électricité. L'article 18*ter*, en projet, de la loi électricité n'apporte aucune solution à d'éventuels conflits dans ce domaine entre les dispositions de la loi électricité et celles de la loi du 4 décembre 2006¹⁵. En effet, l'article 18*ter* fait uniquement référence à l'article 18*bis* en projet de la loi électricité, qui ne concerne pas la fourniture d'électricité.

9.3. Enfin, on n'aperçoit pas dans quelle mesure l'autorité de régulation du marché de l'électricité, la CREG, est compétente à l'égard du réseau de traction ferroviaire. Il ressort des explications données par le délégué que le régime en projet doit notamment permettre de prévoir des tarifs dérogatoires spéciaux pour le courant de traction. Or, selon la loi électricité, les tarifs sont de la compétence de la CREG. Les auteurs du projet devront dès lors se demander s'il n'est pas opportun de disposer expressément que la CREG est compétente pour agir dans les cas pour lesquels la loi électricité s'applique en vertu de l'article 18*ter*, en projet, de cette loi.

¹⁵ Il faut d'ailleurs souligner que si le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire agit en qualité de fournisseur, un conflit est également possible entre les dispositions de la loi du 4 décembre 2006 et la réglementation régionale qui s'applique aux fournisseurs d'électricité. Il n'est pas clair *a priori* si, pour ces aspects également, il peut être fait appel à l'article 6, § 1^{er}, X, alinéa 1^{er}, 2^o*bis*, de la loi spéciale du 8 août 1980 pour justifier une exception fédérale. Même s'il en allait ainsi, la question se pose de savoir si l'article 18*ter*, en projet, de la loi électricité peut être qualifié d'exception à part entière.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	E. BREWAEYS, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. TISON,	assesseur de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par Monsieur 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

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS