

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.025/3
VAN 6 MAART 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 1 maart 2012 door de Minister van Economie en de Staatssecretaris voor Energie verzocht hun, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet 'houdende wijziging van artikel 108 van de wet van 8 januari 2012 tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door leidingen', heeft het volgende advies gegeven:

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag gemotiveerd als volgt:

“Het ‘vangnetmechanisme’ zoals voorzien in het huidige artikel 108 van de wet van 8 januari 2012, tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door leidingen, zal in werking treden op de eerste dag van het trimester na dit waarin de wet van 8 januari is bekendgemaakt, zijnde op 1 april 2012. De maatregelen die in het onderhavige voorontwerp van wet zijn opgenomen vereisen een latere inwerkingtreding van bepaalde elementen van het ‘vangnetmechanisme’.

De tijdsbeperking die middels het huidige artikel 108 wordt opgelegd maakt het nagenoeg onmogelijk om binnen de gestelde periode een oplossing te kunnen vinden voor de verschillende knelpunten op de Belgische energiemarkt, waaronder de hogere energieprijzen in België in vergelijking met de omringende landen en de impact hiervan op de inflatie in België, zie hiervoor onder andere de studies van de CREG en Prijzenobservatorium, zoals uiteengezet in de Memorie van Toelichting. Een belangrijke verklarende factor van de verschillen op het gebied van de energieprijzen met andere lidstaten in Europa is de manier waarop en het ritme waarmee de energieprijzen wordt geïndexeerd.

De voorgestelde maatregelen houden onder andere in dat de opwaartse indexeringen van de energieprijzen in België gedurende ten hoogste 9 maanden geblokkeerd worden. Dit gaat gepaard met een uitstel van de inwerkingtreding van de paragrafen 2 tot en met 4 van het vangnetmechanisme tot 1 januari 2013. In tussentijd, en zo snel mogelijk, zal de CREG de noodzakelijke onderzoeken en analyses uitvoeren om te komen tot gefundeerde en representatieve indexeringsformules op basis van relevante en objectieve parameters. Na dit voorstel van de CREG zal de Koning dienaangaande een exhaustieve lijst kunnen vastleggen, en vervolgens ook de volledige inwerkingtreding van het vangnet (inclusief paragrafen 2 tot en met 4) kunnen vervroegen naar een moment voor 1 januari 2013.

Het volledige ‘vangnetmechanisme’ in zijn huidige vorm op 1 april 2012 in werking laten treden zal tot resultaat hebben dat de beoogde doelstelling, namelijk de bescherming van het algemeen economisch belang door op een meer doeltreffende wijze de huishoudelijke eindafnemers en de K.M.O.’s te beschermen tegen de opwaartse indexatie van de elektriciteits- en gasprijzen en hun volatiliteit, niet kan worden behaald.

Vanwege deze voorziene inwerkingtreding van het ‘vangnetmechanisme’ in zijn huidige vorm op 1 april 2012 en de verschillende stappen die het voorontwerp van wet nog dient te doorlopen, waaronder de adviesverlening door de Raad van State, de behandeling van het wetsontwerp in de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat en de verschillende formaliteiten omtrent ondertekening en publicatie en vooral met het oog op de tijd die deze verplichte stappen in het wetgevend proces in beslag zullen nemen zou er beroep moeten worden gedaan op de aanvraag van een spoedeisend advies van de Raad van State, zoals bedoeld in artikel 84, § 1, 2° van de organieke wetten op de Raad van State. Het is nagenoeg onmogelijk om nog voor 1 april 2012 het voorontwerp van wet alle stappen van het wetgevend proces te kunnen laten doorlopen, indien een advies van de Raad van State wordt verkregen binnen de normale termijn van dertig dagen.”

*

* *

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Bij de wet van 8 januari 2012 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’ zijn tal van wijzigingen aangebracht in de twee genoemde wetten. Te dezen zijn twee wijzigingen relevant: de invoeging van een artikel 20*bis* in de wet van 29 april 1999 (hierna: elektriciteitswet) (bij artikel 29 van de wet van 8 januari 2012) en de invoeging van een artikel 15/10*bis* in de wet van 12 april 1965 (hierna: gaswet) (bij artikel 82 van de wet van 8 januari 2012). De twee ingevoegde bepalingen hebben een gelijke inhoud. Bij die twee bepalingen wordt in de eerste plaats aan de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) opgedragen om voor elke leverancier een gegevensbank op te stellen, “teneinde de methodologie (...) voor de berekening van de variabele energieprijzen [te registreren]” (§ 1). In verband met de indexering van de variabele energieprijs wordt bepaald dat die maximaal vier keer per jaar mag worden

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

doorgevoerd (§ 2), dat de leverancier de CREG een overzicht bezorgt van de wijze waarop de indexering werd aangepast (§ 3), en dat de CREG moet vaststellen of de leverancier de indexeringsformule correct heeft toegepast en, indien dat niet het geval is, zij de leverancier kan aanmanen om de consument voor het teveel aangerekende deel te crediteren (§ 4). In verband met stijgingen van de variabele energieprijzen om andere redenen dan een indexering wordt bepaald dat de leverancier dergelijke stijgingen aangeeft bij de CREG en dat de CREG aan de hand van objectieve parameters oordeelt of de prijsstijging verantwoord is (§ 5). De twee ingevoegde wetsartikelen bevatten voorts bepalingen in verband met de bestemming van de administratieve geldboeten die de CREG in verband met de prijsstijgingen aan de leveranciers kan opleggen (§ 6). Ten slotte voorzien die wetsartikelen in een monitoring van het ingevoerde mechanisme door de CREG en de Nationale Bank. Op basis van de resultaten van de monitoring kan de Koning beslissen om vóór 31 december 2014 een einde te stellen aan het nieuwe mechanisme of om het na die datum te verlengen (§ 7).

Artikel 108 van de wet van 8 januari 2012 heeft betrekking op de inwerkingtreding van onder meer het nieuwe artikel 20bis van de wet van 29 april 1999. Op grond van dat artikel 108 treden de paragrafen 2 tot 7 van artikel 20bis in werking op 1 april 2012. De overige bepalingen van dat artikel 20bis, en ook het hele artikel 15/10bis van de wet van 12 april 1965, zijn in werking getreden volgens de gewone regels inzake de inwerkingtreding van wetten, dit is op de tiende dag na de bekendmaking van de wet van 8 januari 2012, in dit geval op 21 januari 2012.

4.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe artikel 108 van de wet van 8 januari 2012 te vervangen.

4.2. Het ontworpen artikel 108, § 1, bepaalt dat de paragrafen 1 en 5 tot 7 van artikel 20bis van de wet van 29 april 1999 en artikel 15/10bis van de wet van 12 april 1965 in werking treden op 1 april 2012. Voor de genoemde paragrafen van de wet van 29 april 1999 wordt dus niets veranderd aan de vigerende regeling; voor de genoemde paragrafen van de wet van 12 april 1965 wordt de inwerkingtreding in feite uitgesteld.

Inhoudelijk wordt er niets gewijzigd aan de inhoud van de genoemde paragrafen.

4.3. Het ontworpen artikel 108, § 2, heeft betrekking op de regeling inzake de indexaanpassingen, bedoeld in de paragrafen 2 tot 4 van artikel 20bis van de wet van 29 april 1999 en artikel 15/10bis van de wet van 12 april 1965. De inwerkingtreding van die paragrafen wordt uitgesteld tot 1 januari 2013 (artikel 108, § 2, eerste lid).

Tussen 1 april 2012 en 31 december 2012 is de opwaartse indexatie van de variabele energieprijz verboden, in zoverre deze de initiële grens overschrijdt die is vastgesteld op basis van de indexeringsparameters van de leveranciers op 1 april 2012 (artikel 108, § 2, tweede lid). De indexering wordt met andere woorden bevroren op het niveau van 1 april 2012. In diezelfde periode kunnen indexeringsformules van nieuwe leveringscontracten maximaal de grens bereiken van de indexeringsparameters zoals die zijn vastgesteld op 1 april 2012 (artikel 108, § 2, derde lid).

De Koning kan de genoemde paragrafen 2 tot 4 van artikel 20*bis* van de wet van 29 april 1999 en artikel 15/10*bis* van de wet van 12 april 1965 in werking stellen vóór 1 januari 2013, ingeval van overmacht of ingeval van ongewenste perverse effecten van het bevroren van de indexering (artikel 108, § 2, vierde lid).

4.4. Bij het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid, wordt aan de Koning opdracht gegeven om, op voorstel van de CREG, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad “een exhaustieve lijst” op te stellen van “toegelaten criteria voor de uitwerking door [elk] van de leveranciers van de indexatieparameters opdat deze beantwoorden aan transparante, objectieve en niet-discriminatoire criteria en de werkelijke toeleveringskosten vertegenwoordigen”.

Zodra die lijst er is, kan de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit, de genoemde paragrafen 2 tot 4 van artikel 20*bis* van de wet van 29 april 1999 en artikel 15/10*bis* van de wet van 12 april 1965 in werking stellen vóór 1 januari 2013, waarmee dan meteen het mechanisme van de bevroering van de indexering van de prijzen wordt opgeheven (ontworpen artikel 108, § 3, tweede lid).

5. Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, komt de ontworpen regeling erop neer dat de driemaandelijke indexering bevroren wordt tot 31 december 2012, en dat de Koning ondertussen de mogelijkheid krijgt om een exhaustieve lijst op te stellen van criteria voor het vaststellen, door elke leverancier, van zijn indexeringsparameters.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Verenigbaarheid van de ontworpen regeling met het recht van de Europese Unie

6. Het prijscontrolemechanisme vervat in de artikelen 20*bis* van de elektriciteitswet en 15/10*bis* van de gaswet is door de wetgever verantwoord met een beroep op de mogelijkheid die de parallelle artikelen 3, lid 2, van de richtlijnen 2009/72/EG² en 2009/73/EG³ laten om aan de leveranciers openbare dienstverplichtingen op te leggen. Het bestaande mechanisme is op dit punt al getoetst door de Raad van State, afdeling Wetgeving, aan de criteria die het Hof van Justitie in dit verband heeft ontwikkeld in het arrest *Federutility*⁴. In zijn advies overwoog de Raad als volgt:

“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 richtlijnbevestiging. 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 Justitie⁵ 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.

² 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'.

³ Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG'.

⁴ HvJ 20 april 2010, zaak C-265/08 *Federutility*, *Jur.* 2010, I-3377.

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

In het arrest *Federutility* worden de artikelen 3, lid 3, en bijlage A, onderdeel g), van richtlijn 2003/55/EG⁶ toegepast, die de lidstaten toelaten om aan bedrijven die in de gassector actief zijn, “verplichtingen inzake openbaredienstverlening” op te leggen die onder meer op de “prijs van de leveringen” betrekking kunnen hebben, zodat afnemers “die op het gassysteem zijn aangesloten, in kennis worden gesteld van hun recht om, in overeenstemming met de geldende nationale wetgeving, te worden voorzien van aardgas van een bepaalde kwaliteit tegen een redelijke prijs”. Een analoge redenering kan in het onderhavige geval worden gevolgd op grond van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/72/EG (dat gewag maakt van het recht op “levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen”) en van onderdeel 1, g), van bijlage I bij deze richtlijn, dat inhoudt dat de afnemers die toegang hebben tot deze universeledienstverlening, in kennis worden gesteld van hun rechten ter zake.

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

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

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

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

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

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

57.1. 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.⁷

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”⁸.

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.

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”⁹. 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

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

⁸ Voetnoot 42 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 35.

⁹ Voetnoot 43 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 36.

afnemers en KMO's slechts vier maal per jaar toe te staan en door de toepassing van de indexeringsmechanismen door de leveranciers te controleren (ontworpen artikel 20bis, §§ 2 tot 4). Er wordt tevens voorzien in een controle van elke andere prijsverhoging dan een verhoging die voortvloeit uit een indexering of uit een beslissing van de bevoegde overheid, regulator of netbeheerder (ontworpen artikel 20bis, § 5).

De beperking van het aantal indexeringen tot vier per jaar lijkt wel in een evenredige verhouding te staan tot het nagestreefde doel, aangezien een dergelijke maatregel bijdraagt tot de uitvlakking van kortstondige evoluties door schommelingen van de index. De controle op de toepassing van de indexeringsmechanismen beoogt vooral de transparantie van de energieprijzen, 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*¹⁰. 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 belangen niet noodzakelijkerwijs dezelfde zijn, en met de objectieve verschillen tussen de ondernemingen zelf, naargelang hun omvang"¹¹.

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.

¹⁰ Voetnoot 44 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 37.

¹¹ Voetnoot 45 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punt 42.

57.3. De derde door het Hof van Justitie gehanteerde voorwaarde houdt in dat de openbaredienstverplichtingen 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.¹²

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.”¹³

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

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

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

¹² Voetnoot 46 in het aangehaalde advies: *Ibid.*, punten 44-46.

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

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

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

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

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

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

In de tweede plaats voorziet het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid, in de mogelijkheid voor de Koning om ook een exhaustieve lijst van criteria voor het uitwerken van indexeringsformules vast te stellen. De leveranciers zullen bijgevolg nog steeds hun eigen indexeringsformule kunnen opstellen, maar de marges waarbinnen ze dat kunnen doen worden voortaan door de overheid bepaald, wat een zekere prijscontrole met zich kan brengen. Ook die maatregel kan worden verantwoord met het oog op het garanderen dat de indexering voortaan transparant en eerlijk verloopt, op basis van relevante economische parameters die niet tot onverantwoorde prijsstijgingen voor de consument aanleiding mogen geven.

9.3. De maatregel is voorts beperkt in de tijd. Het bevroren van het indexeringsmechanisme gebeurt slechts gedurende negen maanden. Die periode kan door de Koning bovendien nog worden ingekort om twee redenen.¹⁴

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

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

Dat laatste besluit is wel bedoeld om (in beginsel) onbeperkt in de tijd in werking te blijven.¹⁵ De *ratio legis* voor een dergelijk besluit, namelijk de vaststelling dat energieleveranciers voor de indexering van hun prijzen gebruik maken “van indexatieparameters waarvan de [N]ationale Bank van België (...) niet kan bewijzen dat ze representatief zijn voor de evolutie van de werkelijke kosten van de leveranciers”¹⁶, zal niet noodzakelijk snel verdwijnen. Het is dan ook begrijpelijk dat de stellers van het ontwerp die regeling gedurende een langere tijd willen handhaven. Gelet op de Europese eisen verdient het echter aanbeveling om het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid, aan te vullen met een bepaling die voorziet in een regelmatige evaluatie van de werking van dat besluit, naar analogie van de monitoring opgezet bij de artikelen 20*bis*, § 7, van de elektriciteitswet en 15/10*bis*, § 7, van de gaswet.

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

¹⁴ Het ontwerp voorziet niet in een mogelijkheid tot verlenging van de periode waarin de indexering bevroren wordt.

¹⁵ Zie evenwel ook de opmerkingen 12.1 tot 12.5 hierna, in verband met de effectuering van de verplichting voor de leveranciers om enkel de toegelaten criteria toe te passen.

¹⁶ Memorie van toelichting bij het voorliggende ontwerp, met verwijzing naar de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 8 januari 2012, aangehaald, p. 14.

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

Wat betreft de bevrozing van de indexering op het peil van 1 april 2012, lijkt de ontworpen regeling voldoende duidelijk te zijn geformuleerd en controleerbaar te zijn¹⁷, en wordt de maatregel voor alle leveranciers op dezelfde wijze opgelegd. Bovendien wordt door de bepaling van het ontworpen artikel 108, § 2, derde lid, vermeden dat de regeling door sommige leveranciers zou worden omzeild door het vervangen van bestaande contracten door nieuwe contracten.

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

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

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

2. Interne samenhang van de regelgeving

12.1. Bij het ontworpen artikel 108, § 3, van de wet van 8 januari 2012 wordt een rechtsgrond gecreëerd voor de Koning om, op voorstel van de CREG, een exhaustieve lijst van criteria vast te stellen voor het uitwerken door de leveranciers van hun indexeringsparameters.

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

Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt is het invoeren van een dergelijke niet-tijdelijke bepaling in een wetsartikel over de inwerkingtreding van een wijzigende wet ongelukkig. Het gaat echter niet enkel om een wetgevingstechnisch probleem. Om de ontworpen regeling werkelijk effectief, rechtszeker en niet-discriminerend te maken, moeten immers ook een aantal materiële bepalingen van de elektriciteitswet en de gaswet worden aangepast.

12.2. Om te beginnen heeft het vaststellen door de Koning van een dergelijke exhaustieve lijst slechts zin indien de leveranciers vervolgens ook verplicht worden om hun indexeringsparameters enkel volgens die toegelaten criteria uit te werken. Die verplichting zou met zoveel woorden in de elektriciteitswet en de gaswet moeten worden opgenomen.

12.3. Voorts wordt niet, minstens niet uitdrukkelijk, voorzien in de mogelijkheid voor de CREG om toezicht uit te oefenen op de naleving door de leveranciers van de verplichting om enkel de toegelaten criteria te hanteren. Op grond van artikel 20*bis*, § 4, van de elektriciteitswet en artikel 15/10*bis*, § 4, van de gaswet kan de CREG (slechts) nagaan of een leverancier de eigen, vrij gekozen indexeringsformule correct heeft toegepast, en dus niet een prijsverhoging doorvoert die op die grond niet kan worden verantwoord. De taak van de CREG is aldus beperkt tot de controle op de toepassing van de indexeringsformule, en slaat niet op de controle op de keuze van de daarbij gehanteerde indexeringsparameters.

Om de controle op de naleving van de door de Koning vast te stellen criteria mogelijk te maken zouden bijgevolg artikel 20*bis*, § 4, van de elektriciteitswet en artikel 15/10*bis*, § 4, van de gaswet moeten worden gewijzigd.

12.4. Allicht is het de bedoeling van de stellers van het ontwerp dat het niet-naleven van de ontworpen verplichting om enkel de toegelaten criteria te hanteren ook aanleiding kan geven tot het opleggen van een administratieve geldboete, zoals dat al het geval is als blijkt dat de leverancier nalaat zijn klanten te crediteren voor het teveel aangerekende deel van de energiecomponent, ten gevolge van het verkeerd toepassen van de indexeringsformule (artikel 20*bis*, § 4, vierde lid, van de elektriciteitswet en artikel 15/10*bis*, § 4, vierde lid, van de gaswet). Controleerbaarheid – en dus ook sanctioneerbaarheid, om zo de gelijke behandeling van alle marktdeelnemers te waarborgen – is trouwens een element van de hiervóór genoemde *Federutility* criteria.

Gelet op het legaliteitsbeginsel zou de mogelijkheid tot het opleggen van een administratieve geldboete uitdrukkelijk bepaald moeten worden.

In dit verband beschikken de stellers van het ontwerp over twee mogelijkheden. Ofwel opteren zij ervoor om het zonder meer mogelijk te maken de hiervóór bedoelde administratieve geldboete toe te passen op een overtreding van de bepalingen van het koninklijk besluit bedoeld in het ontworpen artikel 108, § 3, eerste lid. In dat geval volstaat het om artikel 20*bis*, § 4, van de elektriciteitswet en artikel 15/10*bis*, § 4, van de gaswet aan te passen. Ofwel opteren zij ervoor om de algemene regeling inzake administratieve geldboetes op de niet-naleving van de bepalingen van de elektriciteitswet en de gaswet, van besluiten genomen ter uitvoering van die wetten, en van bepaalde andere wetten en besluiten (artikel 31 van de elektriciteitswet¹⁸ en artikel 20/2 van de gaswet¹⁹), van toepassing te maken op een overtreding van de bepalingen van het bedoelde koninklijk besluit. Daartoe is dan een aanpassing van artikel 31 van de elektriciteitswet en artikel 20/2 van de gaswet vereist. Zoals die bepalingen thans, zelfs na de wijzigingen ervan bij de wet van 8 januari 2012, zijn geredigeerd, lijken ze immers niet van toepassing te zijn op overtredingen van bepalingen als die van een koninklijk besluit genomen ter uitvoering van het ontworpen artikel 108, § 3.²⁰

Ook om die reden wordt de regeling van het ontworpen artikel 108, § 3, in voorkomend geval best verwerkt in de elektriciteitswet en de gaswet zelf.

12.5. Los van de mogelijkheid tot het opleggen van een sanctie indien een leverancier de variabele energieprijs indexeert op grond van een indexeringsformule die steunt op niet-toegelaten criteria voor de uitwerking van de parameters, lijkt het gelijkheidsbeginsel ook te eisen dat aan de leverancier kan worden opgelegd om zijn klanten te compenseren voor de bedragen die dezen door het hanteren van niet-toegelaten criteria te veel hebben betaald, juist zoals dat op grond van artikel 20*bis*, § 4, vierde lid, van de elektriciteitswet en artikel 15/10*bis*, § 4, vierde lid, van de gaswet mogelijk is in geval van een verkeerde toepassing van de indexeringsformule.

¹⁸ Artikel 31, eerste lid, van de elektriciteitswet bepaalt dat de CREG een natuurlijke persoon of een rechtspersoon kan verplichten tot naleving van “specifieke bepalingen van deze wet, van de uitvoeringsbesluiten ervan, van latere wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 21*bis* of van alle andere bepalingen op de toepassing waarvan ze toeziet krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 8°”, binnen de termijn door haar bepaald. Indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de CREG een administratieve geldboete opleggen.

¹⁹ Artikel 20/2, eerste lid, van de gaswet bepaalt dat de CREG een natuurlijke persoon of een rechtspersoon kan verplichten tot naleving van “specifieke bepalingen van deze wet, de uitvoeringsbesluiten ervan, van latere wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 15/11, of van alle andere bepalingen op de toepassing waarvan ze toeziet krachtens artikel 15/14, § 2, tweede lid, 5°”, binnen de termijn door haar bepaald. Indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de CREG een administratieve geldboete opleggen.

²⁰ Het Hof van Cassatie lijkt ervan uit te gaan dat artikel 31 van de elektriciteitswet niet van toepassing is op overtredingen van koninklijke besluiten die niet genomen zijn ter uitvoering van de elektriciteitswet zelf. Zie Cass., 19 mei 2011, AR nr. C.10.0199.F, *CREG t. Tecteo*.

3. Toepassing van artikel 83 van de Grondwet

13. Het voorliggende ontwerp heeft betrekking op een facultatief bicamerale aangelegenheid, als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet. Met toepassing van artikel 83 van de Grondwet moet het ontwerp zulks vermelden.

Aan het ontwerp moet dan ook een artikel worden toegevoegd, dat artikel 1 wordt, luidend als volgt:

“Artikel 1. Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.”

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	staatsraden,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 51.025/3
DU 6 MARS 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de l'Économie et le Secrétaire d'État à l'Énergie, le 1^{er} mars 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi 'modifiant l'article 108 de la loi du 8 janvier 2012 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', a donné l'avis suivant:

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence de la demande d'avis est motivée comme suit :

« Het 'vangnetmechanisme' zoals voorzien in het huidige artikel 108 van de wet van 8 januari 2012, tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door leidingen, zal in werking treden op de eerste dag van het trimester na dit waarin de wet van 8 januari is bekendgemaakt, zijnde op 1 april 2012. De maatregelen die in het onderhavige voorontwerp van wet zijn opgenomen vereisen een latere inwerkingtreding van bepaalde elementen van het "vangnetmechanisme".

De tijdsbeperking die middels het huidige artikel 108 wordt opgelegd maakt het nagenoeg onmogelijk om binnen de gestelde periode een oplossing te kunnen vinden voor de verschillende knelpunten op de Belgische energiemarkt, waaronder de hogere energieprijzen in België in vergelijking met de omringende landen en de impact hiervan op de inflatie in België, zie hiervoor onder andere de studies van de CREG en Prijzenobservatorium, zoals uiteengezet in de Memorie van Toelichting. Een belangrijke verklarende factor van de verschillen op het gebied van de energieprijzen met andere lidstaten in Europa is de manier waarop en het ritme waarmee de energieprijzen wordt geïndexeerd.

De voorgestelde maatregelen houden onder andere in dat de opwaartse indexerings van de energieprijzen in België gedurende ten hoogste 9 maanden geblokkeerd worden. Dit gaat gepaard met een uitstel van de inwerkingtreding van de paragrafen 2 tot en met 4 van het vangnetmechanisme tot 1 januari 2013. In tussentijd, en zo snel mogelijk, zal de CREG de noodzakelijke onderzoeken en analyses uitvoeren om te komen tot gefundeerde en representatieve indexeringsformules op basis van relevante en objectieve parameters. Na dit voorstel van de CREG zal de Koning dienaangaande een exhaustieve lijst kunnen vastleggen, en vervolgens ook de volledige inwerkingtreding van het vangnet (inclusief paragrafen 2 tot en met 4) kunnen vervroegen naar een moment voor 1 januari 2013.

Het volledige 'vangnetmechanisme' in zijn huidige vorm op 1 april 2012 in werking laten treden zal tot resultaat hebben dat de beoogde doelstelling, namelijk de bescherming van het algemeen economisch belang door op een meer doeltreffende wijze de huishoudelijke eindafnemers en de K.M.O.'s te beschermen tegen de opwaartse indexatie van de elektriciteits — en gasprijzen en hun volatiliteit, niet kan worden behaald.

Vanwege deze voorziene inwerkingtreding van het 'vangnetmechanisme' in zijn huidige vorm op 1 april 2012 en de verschillende stappen die het voorontwerp van wet nog dient te doorlopen, waaronder de adviesverlening door de Raad van State, de behandeling van het wetsontwerp in de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat

en de verschillende formaliteiten omtrent ondertekening en publicatie en vooral met het oog op de tijd die deze verplichte stappen in het wetgevend proces in beslag zullen nemen zou er beroep moeten worden gedaan op de aanvraag van een spoedeisend advies van de Raad van State, zoals bedoeld in artikel 84, § 1, 2^o van de organieke wetten op de Raad van State. Het is nagenoeg onmogelijk om nog voor 1 april 2012 het voorontwerp van wet alle stappen van het wetgevend proces te kunnen laten doorlopen, indien een advies van de Raad van State wordt verkregen binnen de normale termijn van dertig dagen ».

*

* *

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

PORTÉE DU PROJET

3. La loi du 8 janvier 2012 'portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' a apporté bon nombre de modifications aux deux lois précitées. En l'occurrence, deux modifications sont pertinentes : l'insertion d'un article 20bis dans la loi du 29 avril 1999 (ci-après : la loi sur l'électricité) (par l'article 29 de la loi du 8 janvier 2012) et l'insertion d'un article 15/10bis dans la loi du 12 avril 1965 (ci-après : la loi sur le gaz) (par l'article 82 de la loi du 8 janvier 2012). Les deux articles insérés ont une portée identique. Tous deux chargent d'abord la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : la CREG) d'établir pour chaque fournisseur une base de données « afin d'enregistrer la méthodologie de calcul des prix variables de l'énergie » (§ 1^{er}). Il est prévu que le prix variable de l'énergie peut être indexé au maximum quatre fois par an (§ 2), que le fournisseur fournit à la CREG un aperçu de la façon dont l'indexation a été adaptée (§ 3) et que la CREG doit constater si le fournisseur a correctement appliqué la formule d'indexation, sinon elle peut mettre en demeure le fournisseur de créditer le consommateur pour la partie facturée en trop (§ 4). En ce qui concerne les hausses du prix variable de l'énergie pour d'autres raisons qu'une indexation, il est prévu que le fournisseur notifie ces augmentations à la CREG et que celle-ci juge, à l'appui de paramètres objectifs, si la hausse de prix est justifiée (§ 5). Les deux articles de loi insérés contiennent en outre des dispositions concernant l'affectation des amendes administratives que la

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

CREG peut infliger aux fournisseurs en raison des hausses de prix (§ 6). Enfin, ces articles de loi prévoient que la CREG et la Banque nationale de Belgique effectuent un monitoring du mécanisme instauré. Compte tenu des résultats du monitoring, le Roi peut décider de mettre fin au nouveau mécanisme avant le 31 décembre 2014 ou décider de le prolonger après cette date (§ 7).

L'article 108 de la loi du 8 janvier 2012 règle l'entrée en vigueur, notamment, du nouvel article 20*bis*, de la loi du 29 avril 1999. En vertu de cet article 108, les paragraphes 2 à 7 de l'article 20*bis* entrent en vigueur le 1^{er} avril 2012. Les autres dispositions de cet article 20*bis* ainsi que l'ensemble de l'article 15/10*bis* de la loi du 12 avril 1965, sont entrés en vigueur conformément aux règles usuelles d'entrée en vigueur des lois, à savoir le dixième jour après la publication de la loi du 8 janvier 2012, en l'occurrence le 21 janvier 2012.

4.1. Le projet soumis pour avis vise à remplacer l'article 108 de la loi du 8 janvier 2012.

4.2. L'article 108, § 1^{er}, en projet, dispose que les paragraphes 1^{er} et 5 à 7 de l'article 20*bis* de la loi du 29 avril 1999 et l'article 15/10*bis* de la loi du 12 avril 1965 entrent en vigueur le 1^{er} avril 2012. Pour les paragraphes précités de la loi du 29 avril 1999, le régime en vigueur reste donc inchangé ; pour les paragraphes précités de la loi du 12 avril 1965, l'entrée en vigueur est en fait différée.

Sur le fond, aucune modification n'est apportée aux paragraphes cités.

4.3. L'article 108, § 2, en projet, concerne le mécanisme d'indexation visé aux paragraphes 2 à 4 de l'article 20*bis* de la loi du 29 avril 1999 et à l'article 15/10*bis* de la loi du 12 avril 1965. L'entrée en vigueur de ces paragraphes est différée au 1^{er} janvier 2013 (article 108, § 2, alinéa 1^{er}).

Entre le 1^{er} avril 2012 et le 31 décembre 2012, l'indexation à la hausse du prix variable de l'énergie est interdite, pour autant que celle-ci excède le taux initial arrêté sur la base des paramètres d'indexation des fournisseurs au 1^{er} avril 2012 (article 108, § 2, alinéa 2). Autrement dit, l'indexation est gelée au niveau du 1^{er} avril 2012. Pendant la même période, les formules d'indexation des nouveaux contrats de fourniture sont au maximum susceptibles d'atteindre le taux résultant des paramètres d'indexation arrêtés au 1^{er} avril 2012 (article 108, § 2, alinéa 3).

Le Roi peut mettre en vigueur les paragraphes 2 à 4 précités de l'article 20bis de la loi du 29 avril 1999 et l'article 15/10bis de la loi du 12 avril 1965 avant le 1^{er} janvier 2013 en cas de force majeure ou d'effets pervers indésirables résultant du gel de l'indexation (article 108, § 2, alinéa 4).

4.4. L'article 108, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, habilite le Roi à dresser, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur la proposition de la CREG, « une liste exhaustive des critères admis en vue de l'élaboration par chacun des fournisseurs des paramètres d'indexation afin que ceux-ci répondent à des critères transparents, objectifs, non discriminatoires et soient représentatifs des coûts réels d'approvisionnement ».

Dès que cette liste aura été établie, le Roi pourra, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, mettre en vigueur les paragraphes 2 à 4 précités de l'article 20bis de la loi du 29 avril 1999 et l'article 15/10bis de la loi du 12 avril 1965 avant le 1^{er} janvier 2013, ce qui supprimera du même coup le mécanisme de gel de l'indexation des prix (article 108, § 3, alinéa 2, en projet).

5. Ainsi qu'il est précisé dans l'exposé des motifs, le régime en projet revient à geler l'indexation trimestrielle jusqu'au 31 décembre 2012 et à permettre au Roi de dresser, dans l'intervalle, une liste exhaustive de critères pour que chacun des fournisseurs puisse fixer ses paramètres d'indexation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Compatibilité du régime en projet avec le droit de l'Union européenne

6. Le législateur justifie le mécanisme de contrôle des prix prévu à l'article 20bis de la loi sur l'électricité et à l'article 15/10bis de la loi sur le gaz en invoquant la possibilité que donnent les articles 3, paragraphe 2, parallèles, des directives 2009/72/CE² et 2009/73/CE³ d'imposer des obligations de service public aux fournisseurs. Sur ce point, le Conseil d'État, section de législation, a déjà confronté le mécanisme existant aux critères que la Cour de Justice a

² 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'.

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

développés à cet égard dans l'arrêt *Federutility*⁴. Dans son avis, le Conseil a émis les considérations suivantes :

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

Cette disposition ne correspond à aucune règle de la directive à transposer. L'exposé des motifs justifie sa conformité au droit de l'Union par l'objectif consistant à protéger les clients résidentiels et les PME. L'exposé des motifs soutient qu'il peut se déduire de l'arrêt *Federutility* de la Cour de justice⁵ 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/CE⁶, 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

⁴ C.J., 20 avril 2010, affaire C-265/08 *Federutility*, Rec. 2010, I-3377.

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

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

Cour de justice dans l'arrêt *Federutility* concernant la compatibilité avec le droit de l'Union (voir l'observation 57). [...]

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

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

- il n'est [...] porté atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel après le 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 est clairement définie, transparente, non discriminatoire, contrôlable, et garantit aux entreprises de gaz de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs.

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

57.2. En ce qui concerne la deuxième condition, la Cour de justice a recouru, dans l'arrêt *Federutility*, à un certain nombre de critères pour apprécier le caractère proportionnel de la mesure⁷.

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 »⁸.

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

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

⁸ Note 42 de l'avis cité : *Ibid.*, point 35.

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 oeuvre ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général poursuivi »⁹. Sur ce point, l'exposé des motifs invoque un certain nombre de données économiques attestant de la grande volatilité du prix de l'électricité. La réglementation en projet tente de lutter contre cette volatilité, notamment en n'autorisant l'indexation du prix de l'énergie pour les clients résidentiels et les PME que quatre fois par an et en contrôlant l'application des mécanismes d'indexation par les fournisseurs (article 20bis, §§ 2 à 4, en projet). Le projet prévoit également un contrôle de toute hausse de prix autre que celle découlant d'une indexation ou d'une décision du pouvoir compétent, du régulateur ou du gestionnaire de réseau (article 20bis, § 5, en projet).

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

Par contre, les mesures en projet relatives au contrôle d'autres hausses de prix sont, en soi, étendues par rapport à la réglementation en projet relative à la limitation et au contrôle de l'application de l'indexation des prix. En outre, la question se pose de savoir si ce contrôle des prix vise par excellence à limiter l'incidence de la hausse du prix sur les marchés internationaux, comme tel était le cas pour la réglementation évoquée dans l'arrêt *Federutility*¹⁰. 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

⁹ Note 43 de l'avis cité : *Ibid.*, point 36.

¹⁰ Note 44 de l'avis cité : *Ibid.*, point 37.

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 »¹¹.

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 fournisseurs¹².

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 »¹³.

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

¹¹ Note 45 de l'avis cité : *Ibid.*, point 42.

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

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

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

8. Tout d'abord, il semble que l'on puisse admettre que le projet poursuit toujours un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de la fourniture d'électricité et de gaz naturel au consommateur final à un niveau raisonnable, eu égard à la conciliation qu'il appartient aux États membres d'opérer, en tenant compte de la situation du secteur de l'électricité et du gaz naturel, entre l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire protection du consommateur final poursuivis par les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE.

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

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

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

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

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

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

9.3. La mesure est en outre limitée dans le temps. Le gel du mécanisme d'indexation ne peut excéder neuf mois. Par ailleurs, le Roi peut encore réduire cette période pour deux motifs ¹⁴.

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

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

Ce dernier arrêté est néanmoins appelé à rester (en principe) en vigueur pendant une durée illimitée ¹⁵. La *ratio legis* d'un arrêté de l'espèce, à savoir la constatation que, pour l'indexation de leurs prix, les fournisseurs d'énergie utilisent des « paramètres d'indexation dont la Banque nationale de Belgique ne peut toutefois prouver qu'ils sont représentatifs des coûts réels des fournisseurs » ¹⁶, ne devrait pas nécessairement disparaître rapidement. Il est dès lors compréhensible que les auteurs du projet entendent maintenir ce régime pendant une période plus longue. Vu les exigences européennes, il est toutefois recommandé de compléter l'article 108, § 3, en projet, par une disposition prévoyant une évaluation régulière des effets de cet arrêté, par

¹⁴ Le projet ne prévoit pas la possibilité de prolonger la période de gel de l'indexation.

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

¹⁶ Exposé des motifs du projet à l'examen faisant référence à l'exposé des motifs du projet devenu la loi du 8 janvier 2012, cité, p. 14.

analogie avec le monitoring instauré par les articles 20bis, § 7, de la loi sur l'électricité et 15/10bis, § 7, de la loi sur le gaz.

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

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

En ce qui concerne le gel de l'indexation au niveau du 1^{er} avril 2012, le régime en projet paraît contrôlable et formulé avec suffisamment de clarté¹⁷; il est en outre imposé de la même manière à l'ensemble des fournisseurs. En outre, la disposition de l'article 108, § 2, alinéa 3, en projet, permet d'éviter que certains fournisseurs ne contournent le régime en remplaçant les contrats existants par de nouveaux contrats.

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

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

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

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

2. Cohésion interne de la réglementation

12.1. L'article 108, § 3, en projet, de la loi du 8 janvier 2012 procure au Roi un fondement juridique pour fixer, sur la proposition de la CREG, une liste exhaustive de critères permettant aux fournisseurs d'élaborer leurs paramètres d'indexation.

Du point de vue de la technique législative, l'insertion d'une telle disposition, non temporaire, dans un article de loi concernant l'entrée en vigueur d'une loi modificative, est malencontreuse. Il ne s'agit toutefois pas uniquement d'un problème de technique législative. En effet, pour rendre le régime en projet réellement efficace, juridiquement sûr et non discriminatoire, il faut encore adapter un certain nombre de dispositions matérielles de la loi sur l'électricité et de la loi sur le gaz.

12.2. Tout d'abord, la fixation, par le Roi, d'une telle liste exhaustive n'a d'utilité que si les fournisseurs sont également obligés par la suite d'élaborer leurs paramètres d'indexation sur la seule base des critères admis. Cette obligation devrait être expressément inscrite dans la loi sur l'électricité et dans la loi sur le gaz.

12.3. En outre, il n'est pas permis à la CREG, du moins pas expressément, de contrôler le respect, par les fournisseurs, de l'obligation d'utiliser uniquement les critères admis. En vertu de l'article 20*bis*, § 4, de la loi sur l'électricité et de l'article 15/10*bis*, § 4, de la loi sur le gaz, la CREG (ne) peut (que) vérifier si un fournisseur a appliqué correctement sa propre formule d'indexation, qu'il a librement choisie, et s'il ne majore donc pas les prix d'une manière qui ne trouverait pas à se justifier sur cette base. La tâche de la CREG se limite donc à contrôler l'application de la formule d'indexation et ne concerne pas le contrôle du choix des paramètres d'indexation utilisés à cet égard.

En conséquence, il y aurait lieu d'adapter l'article 20*bis*, § 4, de la loi sur l'électricité et l'article 15/10*bis*, § 4, de la loi sur le gaz afin de permettre le contrôle du respect des critères devant être fixés par le Roi.

12.4. Sans doute les auteurs du projet entendent-ils que le non-respect de l'obligation en projet d'utiliser uniquement les critères admis, puisse également être passible d'une amende administrative, comme c'est déjà le cas lorsque le fournisseur omet de créditer ses clients pour la partie de la composante énergétique facturée en trop, consécutivement à une application erronée de la formule d'indexation (article 20*bis*, § 4, alinéa 4, de la loi sur l'électricité et article 15/10*bis*, § 4, alinéa 4, de la loi sur le gaz). La possibilité de contrôle – et donc également de sanction pour ainsi garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques – est d'ailleurs un élément du critère *Federutility* cité ci-dessus.

Compte tenu du principe de légalité, il faudrait prévoir expressément la possibilité d'infliger une sanction administrative.

À cet égard, les auteurs du projet disposent de deux possibilités. Soit ils optent pour l'application pure et simple de l'amende administrative visée ci-dessus aux infractions aux dispositions de l'arrêté royal visé à l'article 108, § 3, alinéa 1^{er}, en projet. Dans ce cas, il suffit d'adapter l'article 20bis, § 4, de la loi sur l'électricité et l'article 15/10bis, § 4, alinéa 4, de la loi sur le gaz. Soit ils choisissent de rendre le régime général des amendes administratives, infligées en cas de non-respect des dispositions de la loi sur l'électricité et de la loi sur le gaz, des arrêtés pris en exécution de ces lois et de certaines autres lois et arrêtés (article 31 de la loi sur l'électricité¹⁸ et article 20/2 de la loi sur le gaz¹⁹), applicable aux infractions commises à l'égard des dispositions de l'arrêté royal visé. Dans ce cas, il serait nécessaire d'adapter l'article 31 de la loi sur l'électricité et l'article 20/2 de la loi sur le gaz. En effet, dans leur formulation actuelle, même après leur modification par la loi du 8 janvier 2012, ces dispositions ne paraissent pas applicables à des infractions à des dispositions telles que celles d'un arrêté royal pris en exécution de l'article 108, § 3, en projet²⁰.

Pour ce motif également, il serait préférable, le cas échéant, d'inscrire les dispositions prévues à l'article 108, § 3, en projet, dans la loi sur l'électricité et la loi sur le gaz proprement dites.

12.5. Indépendamment de la possibilité d'infliger une sanction si un fournisseur indexe le prix variable de l'énergie sur la base d'une formule d'indexation qui s'inspire de critères non admis pour l'élaboration des paramètres, le principe d'égalité paraît également exiger que le fournisseur puisse être tenu de fournir une compensation à ses clients pour les montants qu'ils ont indûment payés du fait de l'utilisation de critères non admis, comme c'est le cas en vertu de

¹⁸ L'article 31, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'électricité dispose que la CREG peut enjoindre une personne physique ou morale de se conformer à des « dispositions déterminées de la présente loi, de ses arrêtés d'exécution, de lois subséquentes relatives aux tarifs ou relative à la cotisation visée à l'article 21bis, ou de toutes autres dispositions dont elle surveille l'application en vertu de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8° » dans le délai qu'elle détermine. Si cette personne reste en défaut à l'expiration du délai, la CREG peut lui infliger une amende administrative.

¹⁹ L'article 20/2, alinéa 1^{er}, de la loi sur le gaz dispose que la CREG peut enjoindre une personne physique ou morale de se conformer à des « dispositions déterminées de la présente loi, de ses arrêtés d'exécution, de lois subséquentes relatives aux tarifs ou relative à la cotisation visée à l'article 15/11, ou de toutes autres dispositions dont elle surveille l'application en vertu de l'article 15/14, § 2, alinéa 2, 5° » dans le délai qu'elle détermine. Si cette personne reste en défaut à l'expiration du délai, la CREG peut lui infliger une amende administrative.

²⁰ La Cour de cassation paraît considérer que l'article 31 de la loi sur l'électricité n'est pas applicable aux infractions aux arrêtés royaux qui n'ont pas été pris en exécution de la loi sur l'électricité proprement dite. Voir Cass., 19 mai 2011, RG n° C.10.0199.F, *CREG c. Tecteo*.

l'article 20bis, § 4, alinéa 4, de la loi sur l'électricité et l'article 15/10bis, § 4, alinéa 4, de la loi sur le gaz en cas d'application erronée de la formule d'indexation.

3. Application de l'article 83 de la Constitution

13. Le présent projet concerne une matière bicamérale optionnelle au sens de l'article 78 de la Constitution. En application de l'article 83 de la Constitution, le projet doit en faire mention.

En conséquence, le projet sera complété par un article, qui devient l'article 1^{er}, rédigé comme suit :

« Article 1^{er}. La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution. »

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	conseillers d'État,
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