KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.143/3
51.144/3
VAN 27 MAART 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 26 maart 2012 door de Minister van Economie verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over:

1° een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de elektriciteitsbedrijven en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’ (51.143/3);

2° een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de aardgasondernemingen en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’ (51.144/3),

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.

Te dezen wordt het spoedeisend karakter van de twee adviesaanvragen op identieke wijze gemotiveerd als volgt:

> "Gelet op de hoogdringendheid, op basis van de overweging dat de inflatie die te wijten is aan de stijging van gas en elektriciteitsprijzen zonder verwijl moet bestreden worden; er zijn immers verschillende aanwijzingen, bevestigd onder meer door studies van de CREG, de Nationale Bank en het Prijzenobservatorium, dat de energieprijzen in ons land sterker stijgen dan in de buurlanden; deze sterkere inflatie is nadelig zowel voor consumenten als voor bedrijven, want ze tast de koopkracht aan en heeft een nadelige invloed op de competitiviteit van ons land ten opzichte van deze buurlanden; één van de factoren die hoge energieprijzen in de hand werkt, is het systeem van de terugbetaling van de sociale tarieven; het sociaal tarief bestaat uit twee delen: de energie en de distributienettarieven; in beide gevallen is het sociaal tarief de prijs van het gunstigste aanbod in België; op basis van het tegenwoordig van kracht zijnde koninklijk besluit wordt het verschil tussen deze prijzen en het 'normaal' aanbod volledig terugbetaald; deze terugbetaling is thans op onverantwoorde wijze hoger voor leveranciers waarvan de energie duurder is en bevoordeelt dus minder competitieve leveranciers; daarom moet het systeem hoogdringend worden aangepast, in die zin dat de huidige disproportionele terugbetaling wordt vervangen door een proportioneel systeem."

*

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

2. De deugdelijkheid van de motivering van het spoedeisende karakter van een aanvraag om advies te geven binnen een termijn van vijf werkdagen is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een dergelijke adviesaanvraag.

Het enkele feit dat het ontworpen besluit in werking treedt op 1 april 2012 volstaat niet om het spoedeisende karakter te verantwoorden.

In de motivering wordt melding gemaakt van de noodzaak om "zonder verwijl" de inflatie te bestrijden. De inflatie zou mede te wijten zijn aan de stijgende energieprijzen, en "één van de factoren die hoge energieprijzen in de hand werkt, [zou] het systeem van de terugbetaling van de sociale tarieven [zijn]".

De noodzaak om de inflatie te bestrijden kan een verantwoording bieden om een daartoe strekkend ontwerp voor een spoedadvies aan de Raad van State voor te leggen. Binnen de korte termijn die aan de Raad van State voor het onderzoek van de voorgelegde ontwerpen is gelaten, heeft de Raad evenwel niet kunnen nagaan of het systeem van de terugbetaling van de sociale tarieven de inflatie effectief in de hand werkt, zoals in de motivering wordt gesteld, en of de ontworpen wijzigingen van dat systeem effectief kunnen bijdragen tot de bestrijding van de inflatie. Op dit punt moet de Raad van State dus een voorbehoud maken.

Met het oog op het onderzoek van de voorgelegde ontwerpen gaat de Raad van State ervan uit dat de motivering van het spoedeisende karakter van de adviesaanvragen effectief kan steunen op de aangevoerde feitelijke grondslag. De adviesaanvragen zijn dan ook ontvankelijk, zij het onder het hiervóór gemaakte voorbehoud.

3. Op 21 juni 2011 heeft de Raad van State de adviezen 49.711/3 en 49.712/3 gegeven, over twee ontwerpen van koninklijk besluit met hetzelfde opschrift en grotendeels dezelfde inhoud als de thans voorgelegde ontwerpen.[1] In vergelijking met de eerder voorgelegde ontwerpen bevatten de thans voorgelegde ontwerpen een nieuwe regeling inzake de berekening van het terug te betalen bedrag (in hoofdstuk II) en een aantal nieuwe overgangsbepalingen (in hoofdstuk VI).

Het voorliggende advies is beperkt tot het onderzoek van die nieuwe bepalingen.

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

*

[1] Advies 49.711/3 van 21 juni 2011 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de elektriciteitsbedrijven en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’, en advies 49.712/3 van 21 juni 2011 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de regels voor het bepalen van de kosten van de toepassing van de sociale tarieven door de aardgasondernemingen en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’.

STREKKING VAN DE ONTWERPEN

5. De twee voorgelegde ontwerpen van koninklijk besluit, die quasi-identiek zijn, strekken in de eerste plaats tot het vaststellen van de regels voor het bepalen van het bedrag dat respectievelijk de elektriciteitsbedrijven en de aardgasondernemingen ontvangen als compensatie voor de toepassing van de sociale tarieven ten aanzien van de residentiële beschermde klanten, overeenkomstig de verplichtingen die op dit vlak worden opgelegd door de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) en de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’ (hierna: Gaswet). Tot nu toe heeft elke leverancier recht op terugbetaling van het verschil tussen, enerzijds, de sociale maximumprijs die hij heeft aangerekend aan de residentiële beschermde klanten, en anderzijds, de normale prijs die hij aan dezelfde klanten zou hebben aangerekend indien zij geen beschermde klanten zouden zijn geweest. Met de voorliggende ontwerpen wordt beoogd het terug te betalen bedrag vast te stellen op het verschil tussen, enerzijds, het sociaal tarief dat de leverancier heeft aangerekend aan zijn residentiële beschermde klanten, en anderzijds, een referentieprijs, die de som is van het gemiddelde van de laagste commerciële tarieven van alle leveranciers, na aftrek van de twee uiterste waarden, en de distributiekost van de betrokken netbeheerder.

Daarnaast bevatten de ontwerpen regels in verband met de afzonderlijke boekhouding die met betrekking tot de sociale tarieven moet worden aangelegd, procedureregels met betrekking tot de wijze waarop de betrokken ondernemingen de kost van de toepassing van de sociale tarieven kunnen terugvorderen, en regels betreffende de manier waarop de ingediende aangiftes van schuldvordering worden gecontroleerd en de schuldvorderingen worden terugbetaald.

De te nemen besluiten komen in de plaats van respectievelijk het koninklijk besluit van 21 januari 2004 ‘tot vaststelling van de nadere regels voor de compensatie van de reële nettokost die voortvloeit uit de toepassing van de sociale maximumprijzen in de elektriciteitsmarkt en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’ en het koninklijk besluit van 21 januari 2004 ‘tot vaststelling van de nadere regels voor de compensatie van de reële nettokost die voortvloeit uit de toepassing van de sociale maximumprijzen in de aardgassector en de tussenkomstregels voor het ten laste nemen hiervan’.

RECHTSGROND

6. Blijkens de aanhef van het ontwerp in verband met de elektriciteitsbedrijven (51.143/3) wordt de rechtsgrond voor het ontworpen besluit gezocht in de artikelen 20, § 2, en 21*ter*, § 3, van de Elektriciteitswet.

Artikel 20, § 2, van de Elektriciteitswet voorziet in een delegatie van bevoegdheid voor het vaststellen van de maximumprijzen voor bepaalde categorieën klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie, maar heeft geen betrekking op de terugbetaling van de desbetreffende kosten aan de leveranciers. De bedoelde bevoegdheid wordt overigens gedelegeerd aan de minister bevoegd voor economie (hierna: de minister), niet aan de Koning.[2] Artikel 20, § 2, van de Elektriciteitswet biedt dan ook geen rechtsgrond, en de verwijzing ernaar in het eerste lid van de aanhef dient dan ook weggelaten te worden. Meteen moeten ook de bijzondere vormvereisten van die bepaling, meer bepaald het verplichte overleg met de gewesten, niet worden nageleefd.

Artikel 21*ter*, § 3, van de Elektriciteitswet voorziet wel in een delegatie van bevoegdheid aan de Koning om de regels te bepalen voor de bepaling van de kost voor de elektriciteitsbedrijven van de activiteit bedoeld in artikel 20, § 2, en van hun tussenkomst voor het ten laste nemen ervan. Sinds de wijziging van artikel 21*ter*, § 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', kan de Koning daarbij opnieuw de regels vervat in het (bij wet bekrachtigde) koninklijk besluit van 21 januari 2004 wijzigen, vervangen of opheffen.[3] De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt dan ook geboden door artikel 21*ter*, § 3, van de Elektriciteitswet.

7. Voor het ontwerp in verband met de aardgasondernemingen (51.144/3) gelden gelijkaardige vaststellingen.

---

[2] Zie het ministeriële besluit van 30 maart 2007 'houdende vaststelling van sociale maximumprijzen voor de levering van elektriciteit aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie'.

[3] In het genoemde advies 49.711/3 heeft de Raad van State opgemerkt dat het toen voorgelegde ontwerp pas doorgang kon vinden als artikel 21*ter*, § 3, van de Elektriciteitswet in die zin zou worden aangevuld. Met de wet van 8 januari 2012 is aan die opmerking gevolg gegeven.

Blijkens de aanhef van dat ontwerp wordt de rechtsgrond voor het ontworpen besluit gezocht in artikel 15/10, § 2, van de Gaswet. Die paragraaf bevat een combinatie van de genoemde bepalingen van de artikelen 20, § 2, en 21*ter*, § 3, van de Elektriciteitswet.

Artikel 15/10, § 2, eerste lid, van de Gaswet voorziet in een delegatie van bevoegdheid voor het vaststellen van de maximumprijzen voor bepaalde categorieën klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie, maar heeft geen betrekking op de terugbetaling van de desbetreffende kosten aan de leveranciers. De bedoelde bevoegdheid wordt overigens gedelegeerd aan de minister, niet aan de Koning.[4] Artikel 15/10, § 2, eerste lid, van de Gaswet biedt dan ook geen rechtsgrond. Meteen moeten ook de bijzondere vormvereisten van die bepaling, meer bepaald het verplichte overleg met de gewesten, niet worden nageleefd.

Artikel 15/10, § 2, vierde lid, van de Gaswet voorziet wel in een delegatie van bevoegdheid aan de Koning om de regels te bepalen voor de bepaling van de kost voor de aardgasondernemingen van de activiteit bedoeld in artikel 15/10, § 2, eerste lid, en van de tussenkomst ten gunste van de betrokken marktoperatoren voor het ten laste nemen ervan. Sinds de invoeging in artikel 15/10, § 2, van een nieuw zesde lid, bij de genoemde wet van 8 januari 2012, kan de Koning daarbij opnieuw de regels vervat in het (bij wet bekrachtigde) koninklijk besluit van 21 januari 2004 wijzigen, vervangen of opheffen.[5] De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt dan ook geboden door artikel 15/10, § 2, vierde lid, van de Gaswet. In het eerste lid van de aanhef zou de verwijzing naar artikel 15/10, § 2, best in die zin gepreciseerd worden.

8. In de aanhef van de ontworpen besluiten wordt ook verwezen naar artikel 108 van de Grondwet. Die verwijzing is verantwoord, om de redenen die zijn uiteengezet in de genoemde adviezen 49.711/3 en 49.712/3. Het is trouwens ten gevolge van de desbetreffende opmerkingen dat die verwijzing in de ontwerpen is opgenomen.[6]

---

[4] Zie het ministeriële besluit van 30 maart 2007 ‘houdende vaststelling van sociale maximumprijzen voor de levering van aardgas aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie’.

[5] In het genoemde advies 49.712/3 heeft de Raad van State opgemerkt dat het toen voorgelegde ontwerp pas doorgang kon vinden als artikel 15/10, § 2, van de Gaswet in die zin zou worden aangevuld. Met de wet van 8 januari 2012 is aan die opmerking gevolg gegeven.

[6] Advies 49.711/3, opmerking 6, en advies 49.712/3, opmerking 6.

VORMVEREISTEN

9. Bij de ontwerpen ontbreekt het advies van de Inspectie van Financiën en het begrotingsakkoord. Aangezien de ontwerpen gevolgen kunnen hebben voor de federale begroting, moeten beide worden verkregen.

In dit verband moet worden opgemerkt dat niet kan worden volstaan met de verslagen van de Inspectie van Financiën over de ontwerpen die werden voorgelegd in het kader van de adviesaanvragen 49.711/3 en 49.712/3. De thans voorgelegde ontwerpen beogen immers een andere regeling in te voeren voor de berekening van de vergoedingen aan de leveranciers. Er zijn dan ook andere gevolgen voor het Fonds bedoeld in artikel 21*ter*, § 1, eerste lid, 5°, van de Elektriciteitswet[7] en het Fonds bedoeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 december 2003 'tot bepaling van de nadere regels voor de financiering van de reële nettokost die voortvloeit uit de toepassing van maximumprijzen voor de levering van aardgas aan residentiële beschermde klanten'.[8]

ALGEMENE OPMERKINGEN

10. De verplichting voor de leveranciers om een sociaal tarief aan te rekenen aan hun beschermde klanten vormt in hun hoofde een openbaredienstverplichting in de zin van artikel 3 van de richtlijnen 2009/72/EG[9] en 2009/73/EG[10], waarvan de nadere regels in overeenstemming moeten zijn met artikel 106 van het Verdrag over de werking van de Europese Unie (VWEU) en andere bepalingen van het primaire recht van de Unie, in het bijzonder artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

[7] In artikel 1, 6°, van het ontwerp wordt die "§ 1" ten onrechte weggelaten.

[8] In zoverre die fondsen worden gefinancierd door toeslagen op de tarieven en dus gedragen worden door de energieafnemers en de marktoperatoren zijn er geen rechtstreekse gevolgen voor de federale begroting. Niettemin zijn er mogelijks indirecte gevolgen, bijvoorbeeld door de verplichting voortvloeiend uit artikel 35, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/73/EG om de CREG voldoende mensen en middelen te geven om de nieuwe taak te vervullen, bedoeld in artikel 3, § 2, van elk van de ontworpen besluiten (zie hierna, opmerking 11).

[9] 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'.

[10] 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'.

10.1. Wat de overeenstemming met artikel 106 VWEU betreft, moet worden opgemerkt dat ondernemingen voor openbaredienstverplichtingen vergoed mogen worden, binnen de grenzen aangegeven door het Hof van Justitie in zijn arrest in de zaak *Altmark*[11] en in de volgende bewoordingen voor het laatst herhaald in zijn arrest in de zaak *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*[12]:

> "In de eerste plaats moet de onderneming die deze vergoeding ontvangt, daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en moeten deze verplichtingen duidelijk omschreven zijn (…).
>
> In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de vergoeding wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de vergoeding een economisch voordeel bevat waardoor de ontvangende onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen wordt begunstigd (…).
>
> In de derde plaats mag de vergoeding niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van deze verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken (…).
>
> In de vierde plaats moet de vergoeding zijn vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die zodanig met de noodzakelijke middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitvoering van deze verplichtingen (…)."

Te dezen zijn de tweede, de derde en de vierde voorwaarde van belang. De vergoeding, zoals ze in hoofdstuk II van de beide ontwerpen wordt vastgesteld, lijkt daaraan te voldoen.

In de aanhef van de twee ontwerpen wordt overigens gesteld dat de bestaande regeling tot gevolg heeft dat de terugbetaling hoger is voor leveranciers waarvan de energie duurder is, en dus minder competitieve leveranciers bevoordeelt. De Raad van State merkt hierbij op dat een dergelijke regeling aanleiding kan geven tot een met artikel 107 VWEU strijdige overcompensatie. In die omstandigheden zou de Koning niet enkel gerechtigd, maar zelfs verplicht zijn om de referentieprijs vast te stellen "op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die zodanig met de noodzakelijke middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit

---

[11] HvJ, 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, *Jur.*, 2003, I-7747, punten 89, 90, 92 en 93. In dezelfde zin: HvJ, 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, *Jur.*, 2006, I-2941, punten 62, 64, 66 en 67; HvJ, 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a., C-206/06, *Jur.*, 2008, I-5497, punten 82 tot 85; HvJ, 10 juni 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09, punten 37 tot 40.

[12] Zie vorige noot. Randnummers weggelaten.

te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitvoering van deze verplichtingen". Dat lijkt precies beoogd te zijn met artikel 3, § 1, tweede lid, van de ontwerpen, waarin voor de berekening van de referentieprijs een referentie-energiecomponent wordt ingevoerd, die een (gecorrigeerd) gemiddelde is van het tarief van alle leveranciers op de betrokken energiemarkt.

10.2. Omgekeerd mag de aan de leveranciers opgelegde last niet van die aard zijn dat ze een ongeoorloofde beperking zou inhouden van het eigendomsrecht, gewaarborgd bij artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag over de rechten van de mens).

Dat lijkt echter niet het geval te zijn. Uit het voorgaande blijkt immers dat de ondernemingen een vergoeding zullen ontvangen die marktconform is en die, doordat ze gebaseerd is op commerciële tarieven (zij het de laagste tarieven), zowel de redelijke kosten als een zekere winstmarge in acht neemt. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door de omstandigheid dat sommige van de betrokken ondernemingen voor de openbaredienstverplichting mogelijks een lagere vergoeding zullen ontvangen dan op grond van de thans vigerende regeling.[13]

11. Met de ontworpen regeling wordt aan de CREG een bijkomende taak opgedragen, die niet rechtstreeks verband houdt met haar regulerende taken vervat in de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG.

Artikel 35 van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 van richtlijn 2009/73/EG sluiten niet uit dat aan de energieregulatoren bijkomende taken worden opgelegd, die los staan van hun regulerende taken. Bij artikel 35, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/73/EG wordt aan de federale overheid echter de verplichting opgelegd om te garanderen dat de CREG "adequate personele en financiële middelen heeft om haar taken uit te voeren".

Het staat aan de stellers van het ontwerp zich ervan te vergewissen dat aan die voorwaarde is voldaan.

---

[13] Er moet bovendien worden opgemerkt dat het sociaal tarief zelf, dat de leveranciers in elk geval van hun klanten ontvangen, gebaseerd is op het laagste commerciële tarief in België (zie de artikelen 8 en 9 van de parallelle ministeriële besluiten van 30 maart 2007, genoemd in noten 2 en 4 hiervóór), zodat zelfs indien de vergoeding voor de openbaredienstverplichting nul zou zijn, *quod non*, gesteld zou kunnen worden dat de beperkingen aan het eigendomsrecht evenredig zijn aan het maatschappelijk nut van de betrokken maatregelen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	J. VELAERS,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

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

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS P. LEMMENS

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 51.143/3
51.144/3
DU 27 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, le 26 mars 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur :

1° un projet d'arrêté royal 'fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises d'électricité et les règles d'intervention pour leur prise en charge' (51.143/3);

2° un projet d'arrêté royal 'fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises de gaz naturel et les règles d'intervention pour leur prise en charge' (51.144/3),

a donné l'avis suivant :

1. Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, 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 des deux demandes d'avis est motivée identiquement comme suit :

> "Vu l'urgence motivée par la nécessité de combattre sans délai l'inflation qui est attribuable à la hausse des prix du gaz et de l'électricité; il y a en effet plusieurs éléments, confirmés par des études de la CREG, la Banque Nationale et l'Observatoire des Prix, qui indiquent que les prix de l'énergie augmentent plus fort dans notre pays que dans les pays voisins; cette inflation plus marquée est désavantageuse tant pour les consommateurs que pour les entreprises, car elle érode le pouvoir d'achat et a une influence négative sur le compétitivité de notre pays par rapport à ces pays voisins ; un des facteurs qui favorise les prix d'énergie élevés est le système du remboursement des tarifs sociaux ; le tarif social est constitué de deux composants : l'énergie et les tarifs de distribution ; dans les deux cas, le tarif social est le prix de l'offre la plus favorable en Belgique ; sur base de l'arrêté royal actuellement en vigueur, la différence entre ce prix et « l'offre normale » est remboursée entièrement ; de manière injustifiable, ce remboursement est actuellement plus élevé pour les fournisseurs dont l'énergie est plus chère et il avantage donc les fournisseurs moins compétitifs ; pour cette raison, le système doit être adapté d'urgence, en ce sens que le remboursement disproportionné est remplacé par un système proportionnel;"

*

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

2. Lorsqu'un avis est demandé dans un délai de cinq jours ouvrables, l'adéquation de la motivation de l'urgence est une condition de recevabilité de la demande.

La seule circonstance que l'arrêté en projet entre en vigueur le 1er avril 2012 ne suffit pas à justifier l'urgence.

La motivation fait mention de la nécessité de combattre l'inflation « sans délai ». Cette dernière serait notamment due à l'augmentation des prix de l'énergie et « un des facteurs qui favorise les prix d'énergie élevés (serait) le système du remboursement des tarifs sociaux ».

La nécessité de combattre l'inflation peut justifier qu'un avis urgent soit demandé au Conseil d'État sur un projet poursuivant cet objectif. Dans le bref délai imparti pour procéder à l'examen des projets qui lui ont été soumis, le Conseil d'État n'a toutefois pas pu vérifier si, comme l'affirme la motivation, il est vrai que le système de remboursement des tarifs sociaux

favorise l'inflation, et si les modifications, en projet, de ce système peuvent réellement contribuer à lutter contre l'inflation. Il s'ensuit que le Conseil d'État doit émettre une réserve sur ce point.

Pour l'examen des projets qui lui sont soumis, le Conseil d'État considère que la motivation de l'urgence des demandes d'avis peut en effet se fonder sur les éléments matériels invoqués. Les demandes d'avis sont dès lors recevables, encore qu'il faille tenir compte de la réserve formulée ci-dessus.

3. Le 21 juin 2011, le Conseil d'État a donné les avis 49.711/3 et 49.712/3 sur deux projets d'arrêté royal ayant le même intitulé et, dans une large mesure, la même portée que les projets à l'examen [1]. Par rapport aux projets soumis antérieurement, les projets à l'examen comportent de nouvelles règles pour le calcul du montant à rembourser (dans le chapitre II) et un certain nombre de nouvelles dispositions transitoires (dans le chapitre VI).

Le présent avis se limite à examiner ces nouvelles dispositions.

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

*

PORTÉE DES PROJETS

5. Les deux projets d'arrêté royal à l'examen, qui sont quasiment identiques, visent tout d'abord à établir des règles permettant de fixer le montant que les entreprises d'électricité, d'une part, et les entreprises de gaz, d'autre part, perçoivent à titre de compensation pour l'application des tarifs sociaux à l'égard des clients résidentiels protégés, conformément aux obligations que la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : loi électricité) et celle du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (ci-après : loi gaz) imposent en la matière. Actuellement, tout fournisseur dispose d'un droit au remboursement de la différence entre, d'une part, le prix maximal social qu'il a facturé aux clients résidentiels protégés et, d'autre part, le prix normal qu'il aurait facturé aux mêmes clients s'ils n'avaient pas été des clients protégés. Les projets à

[1] L'avis 49.711/3 du 21 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal 'fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises d'électricité et les règles d'intervention pour leur prise en charge', et l'avis 49.712/3 du 21 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal 'fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises de gaz naturel et les règles d'intervention pour leur prise en charge'.

l'examen prévoient que le montant à rembourser équivalent à la différence entre, d'une part, le tarif social que le fournisseur a facturé à ses clients résidentiels protégés et, d'autre part, un prix de référence qui est la somme de la moyenne des tarifs commerciaux les plus bas de tous les fournisseurs, après retrait des deux valeurs extrêmes, et du coût de distribution du gestionnaire de réseau concerné.

En outre, les projets règlent la comptabilité séparée à tenir en matière de tarifs sociaux, la procédure relative à la manière dont les entreprises concernées peuvent récupérer le coût de l'application des tarifs sociaux, ainsi que le contrôle des déclarations de créance introduites et le remboursement des créances.

Les arrêtés envisagés se substituent respectivement à l'arrêté royal du 21 janvier 2004 'déterminant les modalités de compensation du coût réel net découlant de l'application des prix maximaux sociaux sur le marché de l'électricité et les règles d'intervention pour leur prise en charge' et à l'arrêté royal du 21 janvier 2004 'déterminant les modalités de compensation du coût réel net découlant de l'application des prix maximaux sociaux sur le marché du gaz naturel et les règles d'intervention pour leur prise en charge'.

FONDEMENT JURIDIQUE

6. Selon le préambule du projet relatif aux entreprises d'électricité (51.143/3), le fondement juridique de l'arrêté en projet se trouve dans les articles 20, § 2, et 21*ter*, § 3, de la loi électricité.

L'article 20, § 2, de la loi électricité prévoit une délégation de pouvoir pour la fixation des prix maximaux concernant certaines catégories de clients à revenus modestes ou à situation précaire, mais reste muet concernant le remboursement des coûts correspondants aux fournisseurs. Ce pouvoir est au demeurant délégué au ministre qui a l'économie dans ses attributions (ci-après : le ministre) et non au Roi [2]. Dès lors, l'article 20, § 2, de la loi électricité ne procure pas de fondement juridique et la référence qui y est faite dans le premier alinéa du préambule doit être omise. De même, il n'y a pas lieu de respecter les formalités particulières qu'impose cette disposition, notamment l'obligation de concertation avec les régions.

L'article 21*ter*, § 3, de la loi électricité prévoit en revanche une délégation de pouvoir permettant au Roi de fixer les règles de détermination du coût pour les entreprises d'électricité de l'activité décrite à l'article 20, § 2, et de leur intervention pour sa prise en charge.

[2] Voir l'arrêté ministériel du 30 mars 2007 'portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture d'électricité aux clients résidentiels protégés à revenus modestes ou à situation précaire'.

Depuis que 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 modifié l'article 21*ter*, § 3, le Roi peut ainsi à nouveau modifier, remplacer ou abroger les règles inscrites dans l'arrêté royal du 21 janvier 2004 (confirmé par la loi) [3]. C'est par conséquent l'article 21*ter*, § 3, de la loi électricité qui procure le fondement juridique de l'arrêté en projet.

7. Le projet relatif aux entreprises de gaz naturel (51.144/3) donne lieu à des constatations similaires.

Selon le préambule de ce projet, le fondement juridique de l'arrêté en projet se trouve dans l'article 15/10, § 2, de la loi gaz. Dans ce paragraphe, on trouve une combinaison des dispositions précitées des articles 20, § 2, et 21*ter*, § 3, de la loi électricité.

L'article 15/10, § 2, alinéa 1er, de la loi gaz prévoit une délégation de pouvoir pour la fixation des prix maximaux concernant certaines catégories de clients à revenus modestes ou à situation précaire, mais reste muet concernant le remboursement des coûts correspondants aux fournisseurs. Ce pouvoir est au demeurant délégué au ministre, et non au Roi [4]. Dès lors, l'article 15/10, § 2, alinéa 1er, de la loi gaz ne procure pas de fondement juridique. De même, il n'y a pas lieu de respecter les formalités particulières qu'impose cette disposition, notamment l'obligation de concertation avec les régions.

L'article 15/10, § 2, alinéa 4, de la loi gaz prévoit en revanche une délégation de pouvoir permettant au Roi d'arrêter les règles de la détermination du coût pour les entreprises de gaz de l'activité visée à l'article 15/10, § 2, alinéa 1er, et de l'intervention pour sa prise en charge au bénéfice des opérateurs du marché concernés. Depuis que la loi précitée du 8 janvier 2012 a inséré un nouvel alinéa 6 dans l'article 15/10, § 2, le Roi peut ainsi à nouveau modifier, remplacer ou abroger les règles inscrites dans l'arrêté royal du 21 janvier 2004 (confirmé par la loi) [5]. C'est par conséquent l'article 15/10, § 2, alinéa 4, de la loi gaz qui procure le fondement juridique de l'arrêté en projet. Il serait préférable que le premier alinéa du préambule précise la référence à l'article 15/10, § 2, en ce sens.

---

[3] Dans l'avis 49.711/3, précité, le Conseil d'État avait observé que le projet examiné à l'époque ne pourrait être concrétisé que si l'article 21*ter*, § 3, de la loi électricité était complété en ce sens. La loi du 8 janvier 2012 a donné suite à cette observation.

[4] Voir l'arrêté ministériel du 30 mars 2007 'portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture de gaz aux clients résidentiels protégés à revenus modestes ou à situation précaire'.

[5] Dans l'avis 49.712/3, précité, le Conseil d'État avait observé que le projet examiné à l'époque ne pourrait être concrétisé que si l'article 15/10, § 2, de la loi gaz était complété en ce sens. La loi du 8 janvier 2012 a donné suite à cette observation.

8. Le préambule des arrêtés en projet fait également référence à l'article 108 de la Constitution. Les motifs qui justifient cette référence sont exposés dans les avis 49.711/3 et 49.712/3. C'est d'ailleurs pour donner suite à ces observations que les projets contiennent cette référence [6].

FORMALITÉS

9. Les projets ne sont pas accompagnés de l'avis de l'Inspection des Finances ni de l'accord budgétaire. Les projets étant susceptibles d'avoir des conséquences pour le budget fédéral, les deux doivent être obtenus.

À ce sujet, il faut observer que les rapports de l'Inspection des Finances sur les projets qui ont fait l'objet des demandes d'avis 49.711/3 et 49.712/3 ne peuvent pas suffire. Les projets à l'examen visent en effet à instaurer de nouvelles règles pour le calcul des indemnités dues aux fournisseurs. Les conséquences qui en résultent pour le Fonds visé à l'article 21*ter*, § 1er, alinéa 1er, 5°, de la loi électricité [7] et pour celui visé à l'article 2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 'fixant les modalités de financement du coût réel net résultant de l'application de prix maximaux pour la fourniture de gaz naturel aux clients protégés résidentiels' sont dès lors différentes [8].

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

10. L'obligation faite aux fournisseurs d'appliquer un tarif social à leurs clients protégés constitue pour ceux-ci une obligation de service public, au sens de l'article 3 des directives 2009/72/CE [9] et 2009/73/CE [10], dont les modalités doivent être conformes à l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et à d'autres

[6] Avis 49.711/3, observation 6, et avis 49.712/3, observation 6.

[7] À l'article 1er, 6°, du projet, ce "§ 1er" a été omis à tort.

[8] Dans la mesure où le financement de ces fonds est assuré par des suppléments de tarif et est donc supporté par les clients énergétiques et les opérateurs de marché, le budget fédéral ne s'en trouve pas directement affecté. Des conséquences indirectes ne sont cependant pas exclues, découlant par exemple de l'obligation prévue à l'article 35, paragraphe 5, premier alinéa, a), de la directive 2009/72/CE et de l'article 39, paragraphe 5, premier alinéa, a), de la directive 2009/73/CE d'accorder à la CREG des ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de la nouvelle mission, visée à l'article 3, § 2, de chacun des arrêtés en projet (voir l'observation 11 ci-après).

[9] 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'.

[10] 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'.

dispositions du droit primaire de l'Union, notamment l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

10.1. À propos de la conformité à l'article 106 du TFUE, il faut observer que les entreprises sur lesquelles pèsent des obligations de service public peuvent être indemnisées dans les limites indiquées par la Cour de Justice dans son arrêt *Altmark* [11] et répétées pour la dernière fois dans son arrêt *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* [12] en ces termes :

> « Premièrement, l'entreprise bénéficiaire d'une telle compensation doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies (…).
>
> Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de manière objective et transparente, afin d'éviter qu'elle ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes (…).
>
> Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations (…).
>
> Quatrièmement, ladite compensation doit être déterminée sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement dotée de moyens nécessaires afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations (…) ».

Ce sont les deuxième, troisième et quatrième conditions qui sont pertinentes en l'occurrence. L'indemnité, telle qu'elle est fixée dans le chapitre II des deux projets, paraît y satisfaire.

Le préambule des deux projets expose au demeurant qu'il résulte des règles actuelles que le remboursement est plus élevé pour les fournisseurs dont l'énergie est plus chère et qu'il avantage donc les fournisseurs moins compétitifs. Le Conseil d'État observe à cet égard que de telles règles peuvent donner lieu à une surcompensation incompatible avec l'article 107 du TFUE. Dans ces circonstances, le Roi aurait non seulement le droit, mais même l'obligation de déterminer le prix de référence « sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement dotée de moyens nécessaires afin de pouvoir satisfaire aux exigences

---

[11] C.J.C.E., 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, *Rec.*, 2003, I-7747, points 89, 90, 92 et 93. Dans le même sens : C.J.C.E., 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, *Rec.*, 2006, I-2941, points 62, 64, 66 et 67; C.J.C.E., 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord e.a., C-206/06, *Rec.*, 2008, I-5497, points 82 à 85; C.J.C.E., 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09, points 37 à 40.

[12] Voir note précédente. Les numéros ont été omis.

de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ». Tel est précisément l'objectif que paraît poursuivre l'article 3, § 1er, alinéa 2, des projets qui, pour le calcul du prix de référence, instaure une composante énergie de référence qui correspond à une moyenne (corrigée) des tarifs de tous les fournisseurs sur le marché de l'énergie concerné.

10.2. À l'inverse, la nature de la charge imposée aux fournisseurs ne peut pas avoir pour effet de restreindre d'une manière injustifiée le droit de propriété, garanti par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (et par l'article 1er du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme).

Tel ne paraît cependant pas être le cas. Il ressort en effet de ce qui précède que les entreprises percevront une indemnité qui est conforme au marché et qui, dès lors qu'elle est basée sur des tarifs commerciaux (encore qu'il s'agisse des tarifs les plus bas), tient compte tant des coûts raisonnables que d'une certaine marge bénéficiaire. Cette conclusion n'est pas remise en cause par le fait que certaines des entreprises concernées percevront peut-être une indemnité moindre que celle que prévoit la réglementation en vigueur pour l'exécution d'obligations de service public [13].

11. Le texte en projet confie à la CREG une nouvelle mission, qui n'est pas directement liée à ses missions de régulation prévues par les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE.

L'article 35 de la directive 2009/72/CE et l'article 39 de la directive 2009/73/CE n'excluent pas de confier aux régulateurs de l'énergie des tâches supplémentaires, étrangères à leurs missions de régulation. L'article 35, paragraphe 5, premier alinéa, a), de la directive 2009/72/CE et l'article 39, paragraphe 5, alinéa premier, a), de la directive 2009/73/CE imposent cependant à l'autorité fédérale de garantir que la CREG « dispose de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations ».

Il appartient aux auteurs du projet de s'assurer qu'il est satisfait à cette condition.

---

[13] Il faut en outre observer que le tarif social lui-même, que les fournisseurs perçoivent en tout cas de leurs clients, est basé sur le tarif commercial le plus bas en Belgique (voir les articles 8 et 9 des arrêtés ministériels parallèles du 30 mars 2007, cités dans les notes 2 et 4 ci-dessus), de sorte que même si l'indemnité pour l'exécution d'obligations de service public était nulle, *quod non*, on pourrait soutenir que les limitations au droit de propriété sont proportionnelles à l'utilité sociale des mesures concernées.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	conseillers d'État,
	J. VELAERS,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	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

A.-M. GOOSSENS P. LEMMENS