



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 52.545/3
52.546/3
van 17 december 2012

avis 52.545/3
52.546/3
du 17 décembre 2012

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
'ter bepaling van de exhaustieve
lijst van toegelaten criteria voor de
indexering van de gasprijzen door
de leveranciers' (52.545/3);

un projet d'arrêté royal 'fixant la
liste exhaustive des critères admis
pour l'indexation des prix du gaz
par les fournisseurs' (52.545/3) ;

een ontwerp van koninklijk besluit
'ter bepaling van de exhaustieve
lijst van toegelaten criteria voor de
indexering van de
elektriciteitsprijzen door de
leveranciers' (52.546/3)

un projet d'arrêté royal 'fixant la
liste exhaustive des critères admis
pour l'indexation des prix de
l'électricité par les fournisseurs'
(52.546/3)

Op 10 december 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over:

- een ontwerp van koninklijk besluit 'ter bepaling van de exhaustieve lijst van toegelaten criteria voor de indexering van de gasprijzen door de leveranciers' (52.545/3);
- een ontwerp van koninklijk besluit 'ter bepaling van de exhaustieve lijst van toegelaten criteria voor de indexering van de elektriciteitsprijzen door de leveranciers' (52.546/3).

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 december 2012. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Lieven DENYS, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, adjunct-auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 december 2012.

*

Le 10 décembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur :

- un projet d'arrêté royal 'fixant la liste exhaustive des critères admis pour l'indexation des prix du gaz par les fournisseurs' (52.545/3) ;
- un projet d'arrêté royal 'fixant la liste exhaustive des critères admis pour l'indexation des prix de l'électricité par les fournisseurs' (52.546/3).

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 17 décembre 2012. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Bruno SEUTIN, conseillers d'État, Lieven DENYS, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 décembre 2012.

*

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

*

STREKKING VAN DE ONTWERPEN

2. Het eerste om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het invoeren van een prijscontrolemaatregel voor de levering van gas. De leveranciers worden met ingang van 1 april 2013 beperkt in de keuze van de parameters die ze mogen gebruiken om hun leveranciersprijzen te indexeren, waarbij in het bijzonder de koppeling met de aardolieprijzen geleidelijk wordt beperkt en vanaf het jaar 2015 verboden.

3. Het tweede om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het invoeren van een prijscontrolemaatregel voor de levering van elektriciteit. De leveranciers worden met ingang van 1 april 2013 beperkt in de keuze van de parameters die ze mogen gebruiken om hun leveranciersprijzen te indexeren.

RECHTSGROND

4. De rechtsgrond voor het eerste te nemen besluit is te vinden in paragraaf § 4bis van artikel 15/10bis van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’ (hierna: Gaswet), die werd ingevoegd bij de wet van 29 maart 2012 ‘houdende diverse bepalingen (I)’.

5. De rechtsgrond voor het tweede te nemen besluit is te vinden in paragraaf § 4bis van artikel 20bis van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet), die werd ingevoegd bij dezelfde wet van 29 maart 2012.

VERENIGBAARHEID MET HET RECHT VAN DE EUROPESE UNIE

6. De prijscontrolemaatregel vervat in het ontwerp dient te worden getoetst aan de criteria die het Hof van Justitie van de Europese Unie in dit verband heeft ontwikkeld in het arrest *Federutility*¹. In dat arrest heeft het Hof van Justitie aanvaard dat onder bepaalde omstandigheden prijscontrole voor energieprijzen voor consumenten als een vorm van openbardienstverplichting kan worden opgelegd.

¹ HvJ 20 april 2010, C-265/08, *Federutility*.

7. In de eerste plaats lijkt te kunnen worden aangenomen dat met het ontwerp een algemeen economisch belang wordt nagestreefd, 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/EG² en 2009/73/EG³ vervatte doelstellingen van liberalisering en van noodzakelijke bescherming van de eindafnemer met elkaar dienen te verzoenen.

De voorstellen van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG),⁴ die aan de basis liggen van de om advies voorgelegde ontwerpen, 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.

8. 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. In beginsel kunnen ze dus slechts gedurende een beperkte periode worden in stand gehouden.

In tegenstelling tot het basismechanisme van artikel 20bis, §§ 2 tot 4, van de Elektriciteitswet en artikel 15/10bis, §§ 2 tot 4, van de Gaswet, dat enkel voorziet in een controle op het naleven door de leverancier van de door hem gehanteerde indexeringsformule, die hij verder volledig vrij mag ontwerpen (maar weliswaar slechts hoogstens vier keer per jaar mag toepassen), grijpen de thans ontworpen regelingen in op de prijsvorming zelf door 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 brengt. Die regelingen kunnen 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.

Beide regelingen zijn niet beperkt in de tijd. De te nemen besluiten zijn immers bedoeld om (in beginsel) onbeperkt in de tijd in werking te blijven. De *ratio legis* voor dergelijke besluiten, namelijk de vaststelling dat energieleveranciers voor de indexering van hun prijzen gebruik maken van parameters die niet representatief zijn voor de werkelijke bevoorradingskosten van de leveranciers, zal niet noodzakelijk snel verdwijnen. Het is dan ook begrijpelijk dat de stellers van de ontwerpen die regelingen gedurende een langere tijd willen

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 CREG, voorstel (C)120801-CDC-1150 (<http://www.creg.info/pdf/Voorstellen/C1150NL.pdf>) en voorstel (C)120801-CDC-1151 (<http://www.creg.info/pdf/Voorstellen/C1151NL.pdf>).

handhaven. Aan het vaststellen van een exhaustieve lijst van toegelaten parameters is overigens een monitoring gekoppeld: de CREG dient jaarlijks aan de Regering verslag uit te brengen betreffende de evolutie van de indexeringsparameters van de leveranciers,⁵ wat voor de Regering aanleiding dient te zijn om na te gaan of de maatregelen verder gehandhaafd moeten worden.

Gelet op het voorgaande lijkt ook aan de tweede voorwaarde van het arrest *Federutility* te zijn voldaan, onder voorbehoud van een jaarlijkse evaluatie door de Regering van de noodzaak om de maatregelen te handhaven.

9. 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.

De gekozen parameters zijn in essentie gebaseerd op de studies en voorstellen van de CREG, en ze liggen in het verlengde van wat met de wet van 29 maart 2012 werd beoogd, namelijk garanderen dat ook op het vlak van indexeringen een transparant, niet-discriminerend en controleerbaar regime van kracht is.

De criteria lijken duidelijk gedefinieerd, en transparant, niet-discriminerend en controleerbaar. Het gegeven dat ook buitenlandse leveranciers zich zullen moeten onderwerpen aan die criteria en dat ze 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.

Voor de gasmarkt wordt wel afgeweken van het voorstel van de CREG, doordat in een overgangsperiode wordt voorzien om tot de loskoppeling van de gas- en aardolieprijzen te komen (artikel 1, 4°, *in fine*, van het eerste ontwerp). Die overgangsperiode tot 1 januari 2015 voor parameters die gebaseerd zijn op de aardolieprijzen, lijkt er echter precies op gericht om leveranciers die door langetermijncontracten met binnen- en buitenlandse producenten zijn verbonden en waarin de aardolieprijs nog meespeelt, toe te laten een oplossing te zoeken, zodat die aanpassingen gemakkelijker door de marktdeelnemers kunnen worden gedragen. Dit biedt ook buitenlandse ondernemingen de tijd om zich naar het nieuwe Belgische stelsel te richten, wat de toegang tot de markt ook voor hen vrijwaart.

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

10. Onder die omstandigheden kan worden besloten dat de ontworpen regelingen, onder het beperkte voorbehoud in opmerking 8, aan de eisen van het recht van de Europese Unie voldoen.

⁵ Artikel 20bis, § 4bis, tweede lid, van de Elektriciteitswet en artikel 15/10bis, § 4bis, tweede lid, van de Gaswet.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DES PROJETS

2. Le premier projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à introduire une mesure de contrôle des prix pour la fourniture de gaz. Dès le 1^{er} avril 2013, les fournitures seront limitées dans le choix des paramètres qu'ils peuvent utiliser pour indexer leurs prix de fourniture, plus particulièrement, afin de réduire progressivement la liaison avec les prix du pétrole et d'interdire celle-ci à partir de 2015.

3. Le deuxième projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à introduire une mesure de contrôle des prix pour la fourniture d'électricité. Dès le 1^{er} avril 2013, les fournisseurs seront limités dans le choix des paramètres qu'ils peuvent utiliser pour indexer leurs prix de fourniture.

FONDEMENT JURIDIQUE

4. Le premier arrêté envisagé trouve son fondement juridique au paragraphe 4bis de l'article 15/10bis de la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (ci-après : la loi sur le gaz), inséré par la loi du 29 mars 2012 'portant des dispositions diverses (I)'.

5. Le deuxième arrêté envisagé trouve son fondement juridique au paragraphe 4bis de l'article 20bis de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité), inséré par la même loi du 29 mars 2012.

COMPATIBILITÉ AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

6. La mesure de contrôle des prix, prévue dans le projet, doit être examinée au regard des critères que la Cour de justice de l'Union européenne a élaborés à cet égard dans l'arrêt *Federutility*¹. 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.

7. Tout d'abord, il semble que l'on puisse admettre que le projet poursuit 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

¹ C.J. 20 avril 2010, C-265/08, *Federutility*.

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 ² et 2009/73/CE ³.

En effet, les propositions de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) ⁴, qui sont à la base des projets soumis pour avis, 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.

8. Il y a lieu d'examiner 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. En principe, ces mesures ne peuvent donc être maintenues que durant une période limitée.

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

Les deux régimes ne sont pas limités dans le temps. Les arrêtés envisagés sont en effet appelés à rester (en principe) en vigueur pendant une durée illimitée. La *ratio legis* des arrêtés de l'espèce, à savoir la constatation que, pour l'indexation de leurs prix, les fournisseurs d'énergie utilisent des paramètres qui ne sont pas représentatifs des coûts d'approvisionnement réels des fournisseurs, ne devrait pas nécessairement disparaître rapidement. Il est dès lors compréhensible que les auteurs des projets entendent maintenir ces régimes pendant une période plus longue. L'établissement d'une liste exhaustive des paramètres admis est d'ailleurs lié à un monitoring : la CREG doit transmettre annuellement au gouvernement un rapport relatif à

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'.

⁴ CREG, proposition (C)120801-CDC-1150 (<http://www.creg.info/pdf/Propositions/C1150FR.pdf>) et proposition (C)120801-CDC-1151 (<http://www.creg.info/pdf/Propositions/C1151FR.pdf>).

l'évolution des paramètres d'indexation des fournisseurs ⁵, ce qui doit inciter le gouvernement à examiner si les mesures doivent encore être maintenues.

Compte tenu de ce qui précède, la deuxième condition imposée par l'arrêt *Federutility* paraît donc également remplie, sous réserve d'une évaluation annuelle par le gouvernement de la nécessité de maintenir les mesures.

9. 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.

Les paramètres choisis sont essentiellement basés sur les études et les propositions de la CREG et se situent dans le prolongement de l'objectif de la loi du 29 mars 2012, à savoir la garantie d'un régime transparent, non discriminatoire et contrôlable également en matière d'indexation.

Les critères paraissent clairement définis, transparents, non discriminatoires et contrôlables. Le fait que des fournisseurs étrangers devront également se soumettre à ces critères 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.

En ce qui concerne le marché du gaz, le projet s'écarte toutefois de la proposition de la CREG, en ce qu'une période de transitoire est prévue afin de réaliser le découplage des prix du gaz et du pétrole (article 1^{er}, 4^o, *in fine* du premier projet). Cette période de transition jusqu'au 1^{er} janvier 2015 pour des paramètres qui sont basés sur les prix du pétrole, paraît toutefois avoir précisément pour objectif de permettre aux fournisseurs liés par des contrats de longue durée à des producteurs nationaux et étrangers et dans lesquels le prix du pétrole est un élément qui entre encore en ligne de compte, de chercher une solution afin que les opérateurs économiques puissent supporter plus facilement ces adaptations. Cette mesure donne également aux entreprises étrangères le temps de s'aligner sur le nouveau régime belge, ce qui leur garantit également l'accès au marché.

⁵ Article 20bis, § 4bis, alinéa 2, de la loi sur l'électricité et article 15/10bis, § 4bis, alinéa 2, de la loi sur le gaz.

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

Dans ces circonstances, il est permis de conclure que, sous la réserve limitée formulée sous l'observation 8, les régimes en projet répondent aux exigences du droit de l'Union européenne.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT