



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 59.901/3
van 3 oktober 2016

avis 59.901/3
du 3 octobre 2016

over

sur

een voorontwerp van wet
'houdende diverse bepalingen
inzake energie'

un avant-projet de loi 'portant
des dispositions diverses en
matière d'énergie'

Op 25 juli 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 8 september 2016,^(*) en nogmaals verlengd tot 3 oktober 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 20 september 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 oktober 2016.

*

Le 25 juillet 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 8 septembre 2016,^(**) et encore prorogé jusqu'au 3 octobre 2016, sur un avant-projet de loi ‘portant des dispositions diverses en matière d'énergie’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 20 septembre 2016. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jo BAERT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 octobre 2016.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

^(**) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt in hoofdzaak tot het wijzigen en aanvullen van een aantal bepalingen van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (artikel 2 van het ontwerp) en van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’ (artikelen 3 tot 10 van het ontwerp) ter omzetting van de richtlijnen 2009/72/EG² en 2009/73/EG³ (derde energiepakket). Met het ontwerp wordt beoogd tegemoet te komen aan een met redenen omkleed advies van de Europese Commissie (zie verder, opmerking 3).

Ten eerste wordt met het ontwerp beoogd om de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: de CREG of de regulator) voortaan de mogelijkheid te geven om boetes op te leggen tot 10% van de op de Belgische markt gerealiseerde jaaromzet. Daartoe strekt artikel 2 van het ontwerp tot wijziging van artikel 31 van de wet van 29 april 1999 en artikel 10 van het ontwerp tot wijziging van het parallelle artikel 20/2 van de wet van 12 april 1965.

Ten tweede strekt het ontwerp tot het onderwerpen van de beheerders van interconnectorinstallaties aan de jurisdictie van de regulator. Daartoe wordt in artikel 9 van het ontwerp voorzien in de opheffing van de algemene uitsluiting van interconnectorinstallaties bij artikel 25 van de wet van 12 april 1965. De beheerder van een interconnector moet net als de gewone netbeheerder worden gecertificeerd (artikel 4 van het ontwerp – ontworpen artikel 8/1bis van de wet van 12 april 1965), zijn tariefmethodologie door de regulator laten vaststellen (artikel 5 van het ontwerp – ontworpen 15/5bis, § 5, van de wet van 12 april 1965) en gelijkaardige verplichtingen nakomen (artikel 6 van het ontwerp – ontworpen artikel 15/5undecies, § 3, van de wet van 12 april 1965). Artikel 7 van het ontwerp strekt tot de actualisering, in het licht van het voorgaande, van artikel 15/14, § 2, tweede lid, van de wet van 12 april 1965 met betrekking tot de taken van de regulator. Geschillen zullen kunnen worden voorgelegd aan de Geschillenkamer (artikel 8 van het ontwerp – ontworpen artikel 15/18 van de wet van 12 april 1965).

2.2. Voorts strekt het ontwerp tot de bekrachtiging van twee koninklijke besluiten met ingang van 1 januari 2016.

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

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’.

Het gaat in de eerste plaats om het koninklijk besluit van 18 december 2015 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 24 maart 2003 tot bepaling van de nadere regels betreffende de federale bijdrage tot financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de elektriciteitsmarkt en het koninklijk besluit van 2 april 2014 tot vaststelling van de nadere regels betreffende een federale bijdrage bestemd voor de financiering van bepaalde openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de aardgasmarkt’ (artikel 11 van het ontwerp).

Het betreft in de tweede plaats het koninklijk besluit van 26 december 2015 ‘tot vaststelling van de bedragen voor 2016 van de fondsen die bestemd zijn voor de financiering van de werkelijke kostprijs ingevolge de toepassing van maximumprijzen voor de levering van elektriciteit en aardgas aan beschermde residentiële afnemers’ (artikel 12 van het ontwerp).

ALGEMENE OPMERKING

3. Het ontwerp is ingegeven door een met redenen omkleed advies van de Europese Commissie (hierna: het advies van de Europese Commissie) waarin een groot aantal fouten in de omzetting van het derde energiepakket aan de kaak worden gesteld.⁴ Met het ontwerp wordt echter slechts ingegaan op enkele van de door de Europese Commissie opgeworpen problemen in verband met de federale omzetting van het derde energiepakket.

Aan de gemachtigde is gevraagd naar de plannen met betrekking tot de andere aspecten die niet met het ontwerp worden aangepakt. Zoals hierna zal blijken, tonen de ontworpen bepalingen immers aan dat een andere aanpak, die meer in lijn is met de richtlijnen, blijkbaar wel mogelijk is met betrekking tot beheerders van interconnectie-installaties, zodat moeilijk valt in te zien waarom niet van de gelegenheid gebruik wordt gemaakt om ook voor de andere netbeheerders in een correcte omzetting te voorzien.

In dat verband beperkte de gemachtigde zich tot de volgende reactie:

“Une réponse détaillée et argumentée a été communiquée à la Commission européenne en juillet dernier. Les échanges entre la Commission européenne et un Etat membre dans une procédure d’infraction (avis motivé) restent confidentiel.

Cependant, des modifications législatives sont envisagées, notamment en ce qui concerne la protection du consommateur, en vue de répondre aux griefs soulevés par la Commission par rapport à la transposition du troisième paquet énergie.

Lorsque les modifications législatives envisagées seront soumises à votre section de législation pour avis, nous ne manquerons pas de vous joindre les réponses faites à la Commission européenne.”

⁴ Met redenen omkleed advies ‘gericht tot het Koninkrijk België krachtens artikel 258 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wegens de onjuiste omzetting van Richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor, respectievelijk, elektriciteit en aardgas’ (document “C(2016) 997 final” van 25 februari 2016 - inbreukprocedure nr. 2014/2189).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

4. In de Nederlandse tekst moet het woord “worden” weggelaten worden voor de woorden “vervangen door”.

Artikel 4

5. Artikel 4 van het ontwerp strekt tot het invoegen van een artikel 8/1bis in de wet van 12 april 1965. In de inleidende zin moet evenwel worden verduidelijkt dat de bepaling in onderafdeling 2 wordt ingevoegd.

6. In het ontworpen artikel 8/1bis wordt gerefereerd aan het (onbestaande) “artikel 8/1, § 4 *ter*” van de wet van 12 april 1965. Dat moet “artikel 8, § 4*ter*” zijn.

Zoals de gemachtigde voorstelt, kan een alternatief er ook in bestaan om artikel 8, § 4bis, eerste lid, van de wet van 12 april 1965 als volgt aan te vullen:

“Vooraleer een onderneming tot aardgasvervoersnetbeheerder *of tot beheerder van een interconnector* wordt aangewezen, wordt ze gecertificeerd overeenkomstig de procedure bedoeld in § 4*ter*.”

Artikel 5

7. Artikel 5 van het ontwerp strekt tot het invoegen van een paragraaf 15 in artikel 15/5bis van de wet van 12 april 1965. De ontworpen bepalingen breiden de tariefbevoegdheid van de regulator uit tot de tarieven van de beheerder van de interconnector. Daarbij valt het op dat zowel het procedurele kader als de materiële beperkingen die worden opgelegd aan de regulator, veel minder strikt zijn dan het geval is bij het vaststellen van de tarieven van de aardgasvervoersnetbeheerder, de beheerder van het aardgasopslagnet of de beheerder van de LNG-installatie, en dat de regulator in het bijzonder kan ingrijpen door voorlopige tarieven vast te stellen (zie artikel 15/5bis, §§ 2 tot 11/4, van de wet van 12 april 1965).

In het licht van de opmerkingen⁵ in het advies van de Europese Commissie kan die aanpak alleen maar worden bijgetreden. Die aanpak spoort overigens met wat de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 49.570/3 van 31 mei 2011 opmerkte:

⁵ Zie in het bijzonder de randnummers 96 tot 124 van het advies.

“Respect voor de onafhankelijkheid van de CREG impliceert dat de wetgever zich ervan onthoudt om te interfereren in de werkwijze van de CREG, en dat hij het zoveel mogelijk aan de CREG overlaat om, eventueel in overleg met de betrokken partijen, de procedure vast te stellen.”⁶

Vraag is dan ook of de thans geldende bepalingen, waaraan met het ontwerp niet wordt geraakt, niet nodeloos interfereren met die autonomie, en of ook die bepalingen bijgevolg niet moeten worden aangepast in het licht van artikel 41, lid 10, van richtlijn 2009/73/EG.

8. Teneinde beter de bedoeling tot uiting te brengen, wordt ter overweging gegeven om het tweede lid van de ontworpen paragraaf te stellen als volgt:

“Na overleg met de beheerders van de interconnectoren en met de regulerende instanties van de andere lidstaten van de Europese Unie waarvan het territorium door de interconnecties wordt doorkruist, en na een gestructureerde, gedocumenteerde en transparante raadpleging van de markt, stelt de commissie de tariefmethodologie vast, die de basis vormt van de tarieven.”

Dat de tariefmethodologie door de CREG moet zijn vastgesteld tegen 1 oktober 2018, blijkt reeds impliciet uit het eerste lid van de ontworpen paragraaf. Door in het tweede lid “Voor de datum van 1 oktober 2018” op te nemen, zou echter de indruk kunnen worden gewekt dat het om een eenmalig uit te oefenen bevoegdheid van de regulator gaat, terwijl de tariefmethodologie dient te worden aangepast telkens dit nodig blijkt (zie artikel 41, lid 10, van richtlijn 2009/73/EG).

Er kunnen meerdere interconnecties zijn, en dus ook meerdere beheerders.⁷ Door gewag te maken van “overleg van (lees: met) de beheerder van *een* interconnector” zou de indruk kunnen ontstaan dat de CREG de tariefmethodologie voor alle interconnecties gezamenlijk kan vaststellen na overleg met slechts één van de beheerders.

9. Het is onduidelijk wat in het zevende lid van de ontworpen paragraaf wordt bedoeld met “*redelijke kennisgeving*”. Ter wille van de rechtszekerheid zal in de tekst verklaard moeten worden in welk opzicht deze kennisgeving redelijk moet zijn.

⁶ Adv.RvS 49.570/3 van 31 mei 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot 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’, opmerking 31, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1725/001, 284.

⁷ De richtlijnen van het derde energiepakket bevatten geen beperking per lidstaat van het aantal beheerders van een interconnectie, terwijl de Europese Commissie van oordeel is dat de beperking tot één beheerder per lidstaat in strijd is met de doelstellingen van de richtlijnen betreffende de ontwikkeling van een open en concurrerende interne markt. De interconnecties zijn immers essentieel voor de integratie van de nationale markten en voor het goed functioneren van een interne energiemarkt. De Europese Commissie heeft het in dit verband over “dit inherente conflict van de Belgische wetgeving met de in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheden” (*cf.* het advies van de Europese Commissie, randnrs. 25 e.v.). Het tekstvoorstel is daarom zo gesteld dat er meerdere interconnecties kunnen zijn en dat die niet alle onder dezelfde beheerder hoeven te vallen.

Artikel 6

10. Ook wat het opleggen van toegangsvoorwaarden aan de beheerder van een interconnector betreft, krijgt de CREG een veel actievere rol (vergelijk de ontworpen bepalingen met de bepalingen inzake de gedragscode in artikel 15/5*undecies*, § 1, en artikel 15/14, § 2, tweede lid, 15°, van de wet van 12 april 1965, waarvan de regulator slechts op de toepassing ervan kan toezien, maar die hij niet zelf mag vaststellen). Ook hier rijst bijgevolg de vraag waarom niet van de gelegenheid gebruik wordt gemaakt om ook voor de andere beheerders tegemoet te komen aan de opmerkingen uit het advies van de Europese Commissie met betrekking tot de verenigbaarheid van de Belgische regelgeving met artikel 41, lid 6, onder a), b) en c), en lid 9, van richtlijn 2009/73/EG.⁸

Artikel 8

11. Ingevolge de wijziging die het voorwerp is van artikel 8 van het ontwerp, zal de Geschillenkamer voortaan ook bevoegd worden ten aanzien van geschillen tussen de netgebruiker en beheerders van een interconnector. Dat is het logische gevolg van de gelijkschakeling van die beheerders met de andere systeembeheerders. Niettemin moet in herinnering worden gebracht dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, er in het verleden al op heeft gewezen dat het concept zelf van de Geschillenkamer op gespannen voet staat met richtlijn 2009/73/EG, aangezien de beslechting van bepaalde geschillen over klachten in de zin van artikel 41, lid 11, van die richtlijn wordt toevertrouwd aan een orgaan dat feitelijk losstaat van de regulator.⁹

Artikel 9

12. Aan de gemachtigde is gevraagd om te verduidelijken waarom de opheffing bedoeld in artikel 9 van het ontwerp beperkt blijft tot de interconnectorinstallaties, en niet ook betrekking heeft op de Zeepipe-installaties¹⁰, hoewel de Raad van State, afdeling Wetgeving, eerder al de situatie van beiden als een anomalie heeft aangemerkt.¹¹

Daarover om uitleg verzocht, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De reden waarom enkel de uitzondering wordt opgeheven van de Interconnector en niet van de Zeepipe, is omdat de Zeepipe een upstream-installatie/pijplijn is waarop het derde Europese wetgevend pakket niet van toepassing is.

Le Zeepipe bénéficie d'un statut particulier pour 2 raisons :

⁸ Zie in het bijzonder randnummer 88 van het met redenen omkleed advies.

⁹ Adv.RvS 49.570/3, opmerking 116, gelezen in samenhang met de opmerkingen 76 en 77, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1725/001, 316-318 en 328.

¹⁰ Het gaat om een netwerk van onderzeese gasleidingen tussen de Noorse gasvelden en Zeebrugge.

¹¹ Adv.RvS 49.570/3, opmerking 93, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1725/001, 322.

- D'une part il s'agit d'une « installation en amont » telle que définie par la loi gaz. Il s'agit d'une canalisation amenant du gaz directement depuis un champ de production de gaz naturel en mer du Nord. En cela, le Zeepipe se distingue très nettement d'IUK qui est une interconnexion entre 2 réseaux gaziers.

- D'autre part, le Zeepipe est couvert par un traité international (M.B. 20.09.1993, p. 20752) entre les royaumes de Belgique et de Norvège, cette dernière étant en effet un pays tiers à l'UE, ce qui suppose que toute régulation devrait être préalablement convenue avec la Norvège (administration de l'énergie et/ou régulateur).

Ook voor de aanleg van de Interconnector is indertijd een verdrag tussen de Lidstaten afgesloten, maar aangezien door het 3de pakket een interconnector net zoals een transmissienetwerk dient gereguleerd te worden, krijg je dus een verschillende aanpak tussen beide. Voor de Zeepipe blijft alles bij het oude.”

Met die redenering kan slechts ten dele worden ingestemd.

Het loutere gegeven dat de Zeepipe het voorwerp uitmaakt van een internationaal verdrag met Noorwegen, onttrekt de installatie nog niet aan het toepassingsgebied van de richtlijn. In dat verband moet er trouwens ook op worden gewezen dat richtlijn 2009/73/EG een voor de Europese Economische Ruimte (hierna: EER) relevante tekst is, zodat België en Noorwegen die ten aanzien van elkaar kunnen en moeten toepassen.

Het is echter inderdaad zo dat de Zeepipe een upstreampijpleidingnet is, zodat het geen deel uitmaakt van een transmissiesysteem. Richtlijn 2009/73/EG bevat echter ook verplichtingen met betrekking tot dergelijke upstreampijpleidingen, onder meer wat betreft de toegang (artikel 34), maar vereist niet dat er voor die installaties een transmissiebeheerder wordt gecertificeerd.

Bijgevolg moet worden vastgesteld dat er vooralsnog geen redelijke verantwoording gegeven is voor het uitsluiten van de Zeepipe van de toepassing van de hoofdstukken IV^{ter} en IV^{quater} van de wet van 12 april 1965, met betrekking tot die bepalingen van de richtlijn die wel gelden voor upstreaminstallaties, zoals in het bijzonder artikel 15/9 van de wet van 12 april 1965. Het zou enkel anders zijn indien zou worden aangetoond dat in het kader van de internationale afspraken met Noorwegen, de naleving van de richtlijn is verzekerd op basis van de Noorse omzettingwetgeving van richtlijn 2009/73/EG, onder toezicht van de Noorse regulator. In dat geval dient dat te worden geëxpliciteerd in de memorie van toelichting.¹²

Hoewel richtlijn 2009/73/EG relevant is voor de EER, moet worden vastgesteld dat de incorporatie ervan in het EER-acquis nog niet voltooid is: er blijkt slechts een ontwerpbesluit aanhangig te zijn in het Gemengd Comité van de EER.¹³ Bijgevolg is Noorwegen,

¹² De gemachtigde lijkt echter veeleer te suggereren dat regelgeving voor de Zeepipe met Noorwegen moet worden afgestemd, wat zou betekenen dat de Zeepipe niet volledig aan de Belgische jurisdictie ontsnapt. In een dergelijk scenario sluit overleg met Noorwegen bovendien niet uit dat het eindresultaat van dat overleg in de Belgische wetgeving wordt ingeschreven; dat is dan zelfs, bij gebrek aan direct werkende bepalingen, een verplichting. Gelet op het gegeven dat richtlijn 2009/73/EG wel degelijk van toepassing is tussen België en Noorwegen, zal het resultaat van dat overleg wellicht ook niet ver afwijken van de interne regels inzake upstreaminstallaties ter omzetting van richtlijn 2009/73/EG; waar nodig kunnen dan nog steeds met de richtlijn verenigbare afwijkingen in de relevante bepalingen van de wet van 12 april 1965 worden opgenomen.

¹³ Zie <http://www.efta.int/eea-lex/32009L0073>.

gelet op de artikelen 102 tot 104 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, nog niet gebonden door richtlijn 2009/73/EG. Dat geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

In de eerste plaats moeten de Belgische autoriteiten de evolutie van het dossier in het Gemengd Comité nauwgezet opvolgen, teneinde tijdig de nodige aanpassingen in de wetgeving door te voeren die noodzakelijk zijn op het ogenblik dat het ontworpen besluit doorgang zou vinden.

Intussen blijft België echter wel gebonden door richtlijn 2009/73/EG. Bijgevolg rust op België, gelet op artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en artikel 351 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), de verplichting om alle passende middelen te gebruiken om ervoor te zorgen, in overleg met Noorwegen, dat op de Zeepipe geen bepalingen van toepassing zijn die onverenigbaar zouden zijn met richtlijn 2009/73/EG.

Aangezien er met betrekking tot de Zeepipe bovendien geen direct werkend verdrag van toepassing lijkt te zijn, zullen afspraken ter zake in elk geval vertaald moeten worden in de Belgische wetgeving, zo nodig in afwijking van het algemene stelsel voor upstreaminstallaties dat de Belgische wetgever heeft aangenomen ter omzetting van richtlijn 2009/73/EG (voor zover dit verantwoord kan worden).

Het in stand houden van het volledig uitzonderen van de Zeepipe-installaties in artikel 25 van de wet van 12 april 1965, zonder in een alternatief regime te voorzien dat verenigbaar is met richtlijn 2009/73/EG, is echter ook in de huidige stand van het recht onverenigbaar met de verplichtingen die op België rusten overeenkomstig het EU-recht.

Artikel 13

13. Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding van wetten, vastgesteld bij artikel 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’, dient te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding, teneinde eenieder een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe bepalingen.

*

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

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2.1. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise essentiellement à modifier et compléter un certain nombre de dispositions de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (article 2 du projet) et de la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (articles 3 à 10 du projet) en vue de transposer les directives 2009/72/CE ² et 2009/73/CE ³ (troisième paquet énergie). Le projet vise à se conformer à un avis motivé de la Commission européenne (voir plus loin l'observation 3).

En premier lieu, le projet vise à permettre dorénavant à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG ou le régulateur) d'infliger des amendes allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires annuel réalisé sur le marché belge. Pour ce faire, l'article 2 et l'article 10 du projet entendent modifier respectivement l'article 31 de la loi du 29 avril 1999 et l'article 20/2 parallèle de la loi du 12 avril 1965.

En deuxième lieu, le projet a pour objet de soumettre les gestionnaires d'interconnexions à la juridiction du régulateur. À cette fin, l'article 9 du projet prévoit l'abrogation de l'exclusion générale des interconnexions par l'article 25 de la loi du 12 avril 1965. À l'instar du simple gestionnaire de réseau, le gestionnaire d'une interconnexion doit être certifié (article 4 du projet – article 8/1bis, en projet, de la loi du 12 avril 1965), il doit faire fixer sa méthodologie tarifaire par le régulateur (article 5 du projet – article 15/5bis, § 5, en projet, de la loi du 12 avril 1965) et il doit respecter des obligations analogues (article 6 du projet – article 15/5undecies, § 3, en projet, de la loi du 12 avril 1965). L'article 7 du projet vise à actualiser, à la lumière de ce qui précède, l'article 15/14, § 2, alinéa 2, de la loi du 12 avril 1965 en ce qui concerne les tâches du régulateur. Les différends pourront être soumis à la Chambre de litiges (article 8 du projet – article 15/18, en projet, de la loi du 12 avril 1965).

2.2. Par ailleurs, le projet vise à confirmer deux arrêtés royaux avec effet au 1^{er} janvier 2016.

Il s'agit tout d'abord de l'arrêté royal du 18 décembre 2015 'portant modifications de l'arrêté royal du 24 mars 2003 fixant les modalités de la cotisation fédérale destinée au financement de certaines obligations de service public et des coûts liés à la régulation et au

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

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'.

contrôle du marché de l'électricité et de l'arrêté royal du 2 avril 2014 fixant les modalités de la cotisation fédérale destinée au financement de certaines obligations de service public et des coûts liés à la régulation et au contrôle du marché du gaz naturel' (article 11 du projet).

Il s'agit ensuite de l'arrêté royal du 26 décembre 2015 'déterminant les montants pour 2016 des fonds destinés au financement du coût réel résultant de l'application de prix maximaux pour la fourniture d'électricité et de gaz naturel aux clients protégés résidentiels' (article 12 du projet).

OBSERVATION GÉNÉRALE

3. Le projet s'inspire d'un avis motivé de la Commission européenne (ci-après : l'avis de la Commission européenne) qui dénonce de nombreuses erreurs dans la transposition du troisième paquet énergie⁴. Le projet ne donne cependant suite qu'à certains problèmes soulevés par la Commission européenne en rapport avec la transposition fédérale du troisième paquet énergie.

Le délégué a été interrogé au sujet des plans relatifs aux autres aspects que le projet n'aborde pas. Comme il apparaîtra ci-après, les dispositions en projet montrent en effet qu'une autre approche, plus conforme aux directives, est de toute évidence possible en ce qui concerne les gestionnaires d'interconnexions, de sorte qu'on aperçoit mal pourquoi l'occasion n'est pas mise à profit pour prévoir une transposition correcte également pour les autres gestionnaires de réseau.

À cet égard, le délégué s'est limité à la réaction suivante :

« Une réponse détaillée et argumentée a été communiquée à la Commission européenne en juillet dernier. Les échanges entre la Commission européenne et un Etat membre dans une procédure d'infraction (avis motivé) restent confidentiel.

Cependant, des modifications législatives sont envisagées, notamment en ce qui concerne la protection du consommateur, en vue de répondre aux griefs soulevés par la Commission par rapport à la transposition du troisième paquet énergie.

Lorsque les modifications législatives envisagées seront soumises à votre section de législation pour avis, nous ne manquerons pas de vous joindre les réponses faites à la Commission européenne ».

⁴ Avis motivé 'adressé au Royaume de Belgique au titre de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en raison de la transposition incorrecte des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE concernant des règles communes pour, respectivement, le marché intérieur de l'électricité et celui du gaz naturel' (document « C(2016) 997 final » du 25 février 2016 – infraction n° 2014/2189).

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

4. Dans le texte néerlandais, on omettra le mot « worden » avant les mots « vervangen door ».

Article 4

5. L'article 4 du projet vise à insérer un article 8/1bis dans la loi du 12 avril 1965. Toutefois, la phrase liminaire doit préciser que la disposition est insérée dans la sous-section 2.

6. L'article 8/1bis en projet fait référence à « l'article 8/1, § 4 ter » (inexistant) de la loi du 12 avril 1965. Il convient de lire « l'article 8, § 4ter ».

Ainsi que le délégué le propose, une autre solution peut également consister à compléter l'article 8, § 4bis, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 comme suit :

« Avant qu'une entreprise ne soit désignée comme gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel ou comme gestionnaire d'une interconnexion, elle est certifiée conformément à la procédure visée au § 4ter ».

Article 5

7. L'article 5 du projet vise à insérer un paragraphe 15 dans l'article 15/5bis de la loi du 12 avril 1965. Les dispositions en projet étendent la compétence tarifaire du régulateur aux tarifs du gestionnaire de l'interconnexion. On notera à cet égard que tant le cadre procédural que les restrictions matérielles imposées au régulateur sont nettement moins strictes que dans le cas de la fixation des tarifs du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, du gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel ou du gestionnaire d'installation de GNL, et que le régulateur peut plus particulièrement intervenir en fixant des tarifs provisoires (voir l'article 15/5bis, §§ 2 à 11/4, de la loi du 12 avril 1965).

Au regard des observations ⁵ formulées dans l'avis de la Commission européenne, on ne peut que soutenir cette approche. Celle-ci s'accorde du reste avec les observations que le Conseil d'État, section de législation, a formulées dans l'avis 49.570/3 du 31 mai 2011 :

« Le respect de l'indépendance de la CREG implique que le législateur s'abstienne d'interférer dans la façon de travailler de la CREG et qu'il lui laisse dans la mesure du possible le soin de fixer la procédure, éventuellement en concertation avec les parties concernées » ⁶.

⁵ Voir en particulier les numéros 96 à 124 de l'avis.

⁶ Avis C.E. 49.570/3 du 31 mai 2011 sur un avant-projet devenu 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

La question se pose dès lors de savoir si les dispositions actuellement en vigueur, qui ne sont pas visées par le projet, n'interfèrent pas inutilement avec cette autonomie, et si elles ne doivent dès lors pas également être adaptées au regard de l'article 41, paragraphe 10, de la directive 2009/73/CE.

8. Afin de mieux exprimer l'intention, il est suggéré de rédiger l'alinéa 2 du paragraphe en projet comme suit :

« Après concertation avec les gestionnaires des interconnexions et avec les autorités de régulation des autres États membres de l'Union européenne dont le territoire est traversé par les interconnexions, et après une consultation structurée, documentée et transparente du marché, la commission fixe la méthodologie tarifaire qui constitue la base des tarifs ».

Le fait que la méthodologie tarifaire doit être fixée par la CREG pour le 1^{er} octobre 2018 ressort déjà implicitement de l'alinéa 1^{er} du paragraphe en projet. Toutefois, l'insertion des mots « Avant la date du 1^{er} octobre 2018 » à l'alinéa 2 pourrait donner l'impression qu'il s'agit d'une compétence que le régulateur n'exercera qu'une seule fois, alors que la méthodologie tarifaire doit être adaptée chaque fois que cela s'avère nécessaire (voir l'article 41, paragraphe 10, de la directive 2009/73/CE).

Il peut y avoir plusieurs interconnexions, et donc également plusieurs gestionnaires⁷. La mention « concertation du (lire : avec le) gestionnaire d'une interconnexion » pourrait donner à penser que la CREG peut fixer conjointement la méthodologie tarifaire de toutes les interconnexions après concertation avec seulement un des gestionnaires.

9. On n'aperçoit pas clairement ce qu'il y a lieu d'entendre par « avis *raisonnable* » à l'alinéa 7 du paragraphe en projet. Dans un souci de sécurité juridique, le texte devra préciser dans quelle mesure cet avis doit être raisonnable.

transport de produits gazeux et autres par canalisations', observation 31, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1725/001, p. 284.

⁷ Les directives du troisième paquet énergie ne comportent pas de limitation par État membre du nombre de gestionnaires d'une interconnexion, alors que la Commission européenne estime que la limitation à un seul gestionnaire par État membre est contraire aux objectifs des directives relatives au développement d'un marché intérieur ouvert et compétitif. En effet, les interconnexions sont essentielles pour l'intégration des marchés nationaux et pour le bon fonctionnement d'un marché intérieur de l'énergie. La Commission européenne mentionne à cet égard « ce conflit inhérent de la loi belge avec les libertés fondamentales consacrées par le traité » (*cf.* l'avis de la Commission européenne, numéros 25 et suivants). C'est pourquoi la proposition de texte est rédigée de manière à ce que plusieurs interconnexions soient possibles et qu'elles ne doivent pas toutes relever du même gestionnaire.

Article 6

10. La CREG se voit attribuer un rôle nettement plus actif en ce qui concerne également l'imposition de conditions d'accès au gestionnaire d'une interconnexion (comparer les dispositions en projet avec les dispositions relatives au code de bonne conduite figurant aux articles 15/5*undecies*, § 1^{er}, et 15/14, § 2, alinéa 2, 15°, de la loi du 12 avril 1965, dont le régulateur ne peut que contrôler l'application, mais qu'il ne peut fixer lui-même). En l'occurrence, la question se pose dès lors également de savoir pourquoi l'occasion n'est pas mise à profit pour répondre, en ce qui concerne aussi les autres gestionnaires, aux observations formulées dans l'avis de la Commission européenne quant à la compatibilité de la réglementation belge avec l'article 41, paragraphe 6, a), b) et c), et paragraphe 9, de la directive 2009/73/CE ⁸.

Article 8

11. Consécutivement à la modification qui fait l'objet de l'article 8 du projet, la Chambre de litiges sera désormais également compétente pour statuer sur les différends entre l'utilisateur du réseau et les gestionnaires d'une interconnexion. C'est la conséquence logique de l'assimilation de ces gestionnaires aux autres gestionnaires de réseau. Il convient néanmoins de rappeler que le Conseil d'État, section de législation, a déjà souligné par le passé que le concept même de la Chambre de litiges se heurte à la directive 2009/73/CE, dès lors que le règlement de certains différends qui ont pour objet des plaintes au sens de l'article 41, paragraphe 11, de cette directive, est confié à un organe qui, de fait, est indépendant du régulateur ⁹.

Article 9

12. Il a été demandé au délégué de préciser pourquoi l'abrogation visée à l'article 9 du projet reste limitée aux interconnexions et ne concerne pas également les installations Zeepipe ¹⁰, alors que le Conseil d'État, section de législation a déjà qualifié par le passé la situation des deux types d'installations d'anomalie ¹¹.

Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« De reden waarom enkel de uitzondering wordt opgeheven van de Interconnector en niet van de Zeepipe, is omdat de Zeepipe een upstream-installatie/pijplijn is waarop het derde Europese wetgevend pakket niet van toepassing is.

Le Zeepipe bénéficie d'un statut particulier pour 2 raisons :

⁸ Voir en particulier le numéro 88 de l'avis motivé.

⁹ Avis C.E. 49.570/3, observation 116, combinée avec les observations 76 et 77, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1725/001, pp. 316-318 et 328.

¹⁰ Il s'agit d'un réseau de canalisations sous-marines de gaz entre les champs gaziers norvégiens et Zeebrugge.

¹¹ Avis C.E. 49.570/3, observation 93, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1725/001, p. 322.

- D'une part il s'agit d'une « installation en amont » telle que définie par la loi gaz. Il s'agit d'une canalisation amenant du gaz directement depuis un champ de production de gaz naturel en mer du Nord. En cela, le Zeepipe se distingue très nettement d'IUK qui est une interconnexion entre 2 réseaux gaziers.

- D'autre part, le Zeepipe est couvert par un traité international (M.B. 20.09.1993, p. 20752) entre les royaumes de Belgique et de Norvège, cette dernière étant en effet un pays tiers à l'UE, ce qui suppose que toute régulation devrait être préalablement convenue avec la Norvège (administration de l'énergie et/ou régulateur).

Ook voor de aanleg van de Interconnector is indertijd een verdrag tussen de Lidstaten afgesloten, maar aangezien door het 3de pakket een interconnector net zoals een transmissienetwerk dient gereguleerd te worden, krijg je dus een verschillende aanpak tussen beide. Voor de Zeepipe blijft alles bij het oude ».

Ce raisonnement ne peut être que partiellement suivi.

Le simple fait que le Zeepipe fasse l'objet d'un traité international conclu avec la Norvège ne soustrait pas pour autant l'installation au champ d'application de la directive. À cet égard, il convient d'ailleurs de relever également que la directive 2009/73/CE est un texte présentant de l'intérêt pour l'Espace économique européen (ci-après : EEE), de sorte que la Belgique et la Norvège peuvent et doivent l'appliquer mutuellement.

Il est cependant vrai que le Zeepipe étant un réseau de gazoducs en amont, il ne fait pas partie d'un réseau de transport. Toutefois, la directive 2009/73/CE contient également des obligations concernant pareils gazoducs en amont, notamment ce qui concerne l'accès (article 34), mais elle n'exige pas la certification d'un gestionnaire de transport pour ces installations.

Par conséquent, force est de constater qu'une justification raisonnable n'a pas encore été donnée pour l'exclusion du Zeepipe de l'application des chapitres IV^{ter} et IV^{quater} de la loi du 12 avril 1965, en ce qui concerne les dispositions de la directive qui s'appliquent effectivement aux installations en amont, comme plus particulièrement l'article 15/9 de la loi du 12 avril 1965. Il n'en irait autrement que s'il était démontré que, dans le cadre des accords internationaux conclus avec la Norvège, le respect de la directive est assuré sur la base de la législation norvégienne qui transpose la directive 2009/73/CE, sous le contrôle du régulateur norvégien. Dans ce cas, il y a lieu de le préciser dans l'exposé des motifs ¹².

Bien que la directive 2009/73/CE présente de l'intérêt pour l'EEE, force est de constater que son incorporation dans l'acquis de l'EEE n'est pas encore achevée : le Comité mixte de l'EEE ne semble avoir été saisi que d'un seul projet d'arrêté ¹³. Par conséquent, eu égard

¹² Toutefois, le délégué paraît plutôt suggérer que la réglementation pour le Zeepipe doit être coordonnée avec la Norvège, ce qui signifierait que le Zeepipe n'échappe pas entièrement à la juridiction belge. En outre, dans un tel scénario, la concertation avec la Norvège n'exclut pas que le résultat final de cette concertation soit inscrit dans la législation belge; il s'agit même, dans ce cas, d'une obligation, à défaut de dispositions directement applicables. Compte tenu du fait que la directive 2009/73/CE est bel et bien d'application entre la Belgique et la Norvège, le résultat de cette concertation ne s'écartera sans doute pas trop des règles internes en matière d'installations en amont en vue de transposer la directive 2009/73/CE; là où cela s'avère nécessaire, des dérogations compatibles avec la directive pourront toujours être insérées dans les dispositions pertinentes de la loi du 12 avril 1965.

¹³ Voir <http://www.efta.int/eea-lex/32009L0073>.

aux articles 102 à 104 de l'Accord sur l'Espace économique européen, la Norvège n'est pas encore liée par la directive 2009/73/CE. À cet égard, il y a lieu de formuler les observations suivantes.

Tout d'abord, les autorités belges doivent suivre scrupuleusement l'évolution du dossier au sein du Comité mixte, afin d'apporter les adaptations nécessaires dans la législation au moment où l'arrêté en projet sera adopté.

En attendant, la Belgique reste toutefois liée par la directive 2009/73/CE. Par conséquent, conformément à l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE) et à l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'obligation incombe à la Belgique d'utiliser tous les moyens appropriés pour veiller, en concertation avec la Norvège, à ce qu'aucune disposition qui serait incompatible avec la directive 2009/73/CE ne s'applique au Zeepipe.

En outre, étant donné qu'aucun traité produisant directement ses effets ne semble s'appliquer au Zeepipe, des accords en la matière devront de toute façon être traduits dans la législation belge, en dérogeant si nécessaire au régime général applicable aux installations en amont que le législateur belge a adopté pour transposer la directive 2009/73/CE (pour autant que cette dérogation puisse se justifier).

Toutefois, dans l'état actuel du droit, le maintien de l'exclusion intégrale des installations Zeepipe à l'article 25 de la loi du 12 avril 1965, sans prévoir de régime alternatif compatible avec la directive 2009/73/CE, est également inconciliable avec les obligations incombant à la Belgique en vertu du droit de l'UE.

Article 13

13. À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur des lois, fixé par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires', il faut renoncer à l'entrée en vigueur immédiate, et ce afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles dispositions.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT