



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 65.517/3
van 27 maart 2019

over

een ontwerp van besluit van de Minister van Werk, Economie en Consumenten 'houdende wijziging van de ministeriële besluiten 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 en houdende vaststelling van sociale maximumprijzen voor de levering van elektriciteit aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie'

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 65.517/3
du 27 mars 2019

sur

un projet d'arrêté du Ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs 'portant modification des arrêtés 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 et portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture d'électricité aux clients résidentiels protégés à revenus modestes ou à situation précaire'

Op 25 februari 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Werk, Economie en Consumenten verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘houdende wijziging van de ministeriële besluiten 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 en houdende vaststelling van sociale maximumprijzen voor de levering van elektriciteit aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 19 maart 2019. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Peter SOURBRON en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Astrid TRUYENS, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 maart 2019.

*

Le 25 février 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Emploi, de l'Economie et des Consommateurs à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté ministériel ‘portant modification des arrêtés 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 et portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture d'électricité aux clients résidentiels protégés à revenus modestes ou à situation précaire’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 19 mars 2019. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État, président, Peter SOURBRON et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Astrid TRUYENS, 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 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 mars 2019.

*

1. Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van de minister beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de minister in aanmerking kan nemen als hij te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

2. 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 rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit strekt tot het invoeren van sociale maximumprijzen voor gas en elektriciteit. De bestaande berekeningswijze van de sociale maximumprijs voor gas in artikel 10 van het ministerieel 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’ en voor elektriciteit in artikel 10 van het ministerieel 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’ wordt behouden maar aangevuld met twee leden waarbij een bovengrens wordt ingesteld voor het resultaat van die berekening (artikelen 1 en 2 van het ontwerp).

Tevens wordt met het ontwerp beoogd de scherpe stijging van de maximumprijzen voor elektriciteit en gas volgens de voormelde berekeningswijze voor de periode van 1 februari tot 31 juli 2019 ongedaan te maken, door de intrekking van de bekendmakingen in het Belgisch Staatsblad overeenkomstig artikel 6 van de voormelde ministeriële besluiten (artikel 3 van het ontwerp).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 februari 2019 en geldt vanaf die datum als bekendmaking overeenkomstig artikel 6 van de voormelde ministeriële besluiten (artikel 4 van het ontwerp).

RECHTSGROND

4. Het ontworpen ministerieel besluit vindt rechtsgrond in artikel 15/10, § 2, van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’ (hierna: de Gaswet) en in artikel 20, § 2, van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: de Elektriciteitswet). Artikel 15/10, § 2, van de Gaswet geeft de minister bevoegd voor economie de bevoegdheid om de maximumprijzen vast te

stellen per kWh die op het gehele grondgebied gelden voor de levering van aardgas aan residentiële beschermde klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie. Artikel 20, § 2, van de Elektriciteitswet geeft hem diezelfde bevoegdheid met betrekking tot de levering van elektriciteit.

5. Bij die rechtsgrondbepalingen moeten wel de volgende opmerkingen worden geformuleerd.

5.1. Aangezien die bevoegdheidsopdracht enkel gebeurt aan de minister bevoegd voor economie en niet aan de minister bevoegd voor energie,¹ kan het te nemen ministerieel besluit niet uitgaan van de huidige Minister van Energie, aangezien zij daarvoor niet bevoegd is.

De omstandigheid dat de twee te wijzigen ministeriële besluiten van 30 maart 2007 blijkens de tekst ervan zijn genomen door de toenmalige Minister van Energie, net als de eraan voorafgaande ministeriële besluiten van 23 december 2003,² doet geen afbreuk aan die vaststelling. De ministers die de betrokken besluiten ondertekenden waren immers zowel bevoegd voor economie als voor energie.³ De vermelding van de bevoegdheid voor energie in de aanhef en bij de ondertekening is dan ook een verschrijving die geen gevolgen heeft voor de geldigheid van deze besluiten. Deze besluiten konden echter enkel worden genomen door de betrokken ministers op grond van hun hoedanigheid van minister bevoegd voor economie en dat geldt ook voor het thans ontworpen ministerieel besluit.

5.2. In advies 64.911/1 van 10 januari 2019 over een voorontwerp van wet waarbij onder meer beoogd wordt de regeling inzake maximumprijzen uit te breiden naar warmtenetten, werd geadviseerd – en ging de gemachtigde akkoord – om de delegatie in die ontworpen regeling aan de minister te vervangen door een delegatie aan de Koning, aangezien de wetgever geen rechtstreekse delegatie kan toekennen aan een minister. Er werd gesuggereerd om deze aanpassing ook door te voeren voor de wetbepalingen die de rechtsgrond vormen voor dit ontwerp van ministerieel besluit.⁴ Indien die rechtsgrondwijzigingen tot stand komen vooraleer het ontworpen besluit wordt genomen, moet het worden omgevormd tot een koninklijk besluit. Indien die rechtsgrondwijzigingen pas nadien tot stand komen, zullen erop volgende wijzigingen van de ministeriële besluiten van 30 maart 2007 bij koninklijk besluit moeten gebeuren.⁵

¹ Vergelijk de delegatie aan de “federale minister bevoegd voor economie” in de rechtsgrondbepalingen met de definitie van “minister” in artikel 1, 27°, van de Gaswet en in artikel 2, 25°, van de Elektriciteitswet.

² Ministerieel besluit van 23 december 2003 ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 12 december 2001 houdende vaststelling van de maximumprijzen voor de levering van elektriciteit en [van het] ministerieel besluit van 15 maart [lees: mei] 2003 houdende vaststelling van maximumprijzen voor de levering van elektriciteit aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie’ en ministerieel besluit van 23 december 2003 ‘houdende vaststelling van sociale maximumprijzen voor de levering van aardgas aan de beschermde residentiële klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie’.

³ Voor de ministeriële besluiten van 23 december 2003: mevrouw Fientje MOERMAN, toenmalig Minister van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid en voor de ministeriële besluiten van 30 maart 2007: de heer Marc VERWILGHEN, toenmalig Minister van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid.

⁴ Adv.RvS 64.911/1 van 10 januari 2019 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de programmawet van 27 april 2007’, opmerking 6.

⁵ Dat geldt ook voor de eventuele opheffing van deze besluiten.

5.3. Ten slotte staat de ontworpen regeling, die neerkomt op een systeem met op voorhand voor onbepaalde termijn bepaalde sociale maximumprijzen, op gespannen voet met artikel 15/10, § 3, van de Gaswet en artikel 20, § 3, van de Elektriciteitswet. In die bepalingen worden immers een aantal criteria geformuleerd waaraan een regeling voor de sociale maximumprijzen moet voldoen. Een regeling met starre sociale maximumprijzen, veeleer dan met sociale maximumprijzen die elke zes maanden opnieuw worden vastgesteld, dreigt na verloop van tijd niet langer in overeenstemming te zijn met de voormelde criteria. Dat risico bestaat in het bijzonder voor de voorwaarde vervat in punt 3° van de voormelde wetsbepalingen, dat de tarieven van residentiële afnemers geleidelijk worden afgestemd op de beste tariefpraktijken in hetzelfde marktsegment in de andere lidstaten van de Europese Unie – wat een evolutie in de maximumprijzen impliceert, en geen starre bovengrens – en met de voorwaarde, vervat in respectievelijk punt 7° en punt 6° van de voormelde wetsbepalingen, dat de transparantie in termen van tarieven wordt gewaarborgd en de rationele consumptiegedragingen worden bevorderd – wat niet vanzelfsprekend is als de sociale maximumprijzen niet periodiek worden afgestemd op de effecten van de normale prijsevoluties op de energiemarkten.

Indien de stellers van het ontwerp vasthouden aan een systeem met op voorhand bepaalde sociale maximumprijzen, moet de overeenstemming van die prijzen met de voormelde criteria dan ook permanent worden opgevolgd en moeten aanpassingen worden doorgevoerd indien nodig (zie in dat verband ook de opmerkingen 7.1 tot 7.3).

VORMVEREISTEN

6. Uit de notificatie van de beslissing van de Ministerraad van 15 februari 2019 blijkt dat het ontwerp bij het Overlegcomité aanhangig mag worden gemaakt voor het door de rechtsgrondbepalingen voorgeschreven overleg met de gewesten, gelijktijdig met de adviesaanvraag aan de Raad van State.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het voormelde overleg met de gewesten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

7.1. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 5.3, komt de ontworpen regeling neer op een systeem met op voorhand voor onbepaalde termijn bepaalde sociale maximumprijzen, ook al is de aanleiding ervan de plotse stijging van die sociale maximumprijzen vanaf 1 februari 2019 volgens de berekeningswijze in de artikelen 8 tot 11 van de ministeriële besluiten van 30 maart 2017.

In haar advies van 14 februari 2019 waarschuwt de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) dat een dergelijke regeling van onbepaalde duur, althans wat betreft de elektriciteitsmarkt, op gespannen voet staat met de nieuwe Europese ontwerprichtlijn in het kader van het *Clean Energy Package*. Artikel 5 van die ontwerprichtlijn

staat, in de laatste versie ervan, marktinterventies met betrekking tot de prijsvorming slechts toe indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder de beperking in de tijd.⁶ Indien die richtlijn zou worden aangenomen en gepubliceerd vooraleer het ontwerp van ministerieel besluit wordt aangenomen, zullen de stellers van het ontwerp er al rekening mee moeten houden – ook al is de omzettingstermijn nog niet verstreken – teneinde geen maatregelen aan te nemen die het doel van de richtlijn ernstig in gevaar zouden brengen.⁷

7.2. Daar komt nog bij dat die toekomstige richtlijnbevestiging met betrekking tot interventies in elektriciteitsprijzen slechts de uitdrukking is van eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie aangaande de aardgasprijzen, die gezien de algemene formulering ervan ook van belang is voor interventies in elektriciteitsprijzen. In het arrest *Federutility* concludeerde het Hof van Justitie immers al dat een marktinterventie door een lidstaat slechts toegelaten is “op voorwaarde dat deze interventie:

- een algemeen economisch belang nastreeft dat erin bestaat dat de prijs voor de levering van aardgas aan de eindafnemer op een redelijk niveau wordt gehandhaafd, gelet op het feit dat de lidstaten, rekening houdend met de situatie van de aardgassector, de door richtlijn 2003/55 beoogde doelstellingen van liberalisering en van noodzakelijke bescherming van de eindafnemer met elkaar dienen te verzoenen;
- na 1 juli 2007 de vrije totstandkoming van de prijs voor de levering van aardgas slechts belemmert voor zover dit voor de verwezenlijking van een dergelijke doelstelling van algemeen economisch belang noodzakelijk is en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode, en
- duidelijk wordt gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar is en de gelijke toegang van de aardgasbedrijven van de Unie tot de consument waarborgt”.⁸

Er kan worden aangenomen dat de ontworpen regeling voor de sociale maximumtarieven een aanvaardbaar algemeen economisch belang nastreeft, voldoende duidelijk is gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar is en de gelijke toegang van de aardgas- en elektriciteitsbedrijven van de Unie tot de consument waarborgt. Door de op voorhand bepaalde sociale maximumprijzen die gelden voor een onbepaalde periode, is evenwel niet voldaan aan de voorwaarde van het tijdelijk karakter van de ontworpen regeling. Artikel 6 van de ministeriële besluiten van 30 maart 2017 voorziet weliswaar nog steeds in een halfjaarlijkse herziening van de sociale maximumprijzen, maar de begrenzing van die herziening tot een vooraf

⁶ Artikel 5 van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (herschikking), COM(2016) 864 final, 2016/0380(COD). Voor de meest recente versie van het ontwerp, zie *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast) – Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, ST 5076 2019 INIT, Raadsdocument van 19 januari 2019.

⁷ HvJ 14 september 2016, C-138/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, punt 42; HvJ 18 december 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, punt 45.

⁸ HvJ 20 april 2010, C-265/08, *Federutility*, punt 47. Zie ook (onder meer) adv.RvS 56.894/3 van 18 december 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 19 december 2014 ‘tot verlenging van het mechanisme ingesteld door artikel 20bis van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en ingesteld door artikel 15/10bis van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’, opmerkingen 5.1 tot 5.3.

bepaalde maximumprijs die geldt voor een onbepaalde periode heeft tot gevolg dat bij een aanhoudend hoog prijsniveau de prijzen voor een onbepaalde duur worden bevroren, wat niet verenigbaar is met de zo-even aangehaalde voorwaarde in het arrest *Federutility* en wellicht ook niet met de toekomstige aangehaalde richtlijnbeplating.

7.3. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 5.3 (ter wille van de verenigbaarheid met de rechtsgrondbepaling), moet dan ook ter wille van de verenigbaarheid met Europees recht de noodzakelijkheid van de vastgestelde maximumprijzen permanent worden opgevolgd. Gelet op die Europeesrechtelijke verplichtingen impliceert het vereiste van het tijdelijk karakter van de ontworpen regeling zelfs dat het ontwerp moet worden aangevuld met bepalingen die die permanente opvolging uitdrukkelijk waarborgen, zodat een einde kan worden gesteld aan de permanente maximumprijzen wanneer ze niet meer noodzakelijk blijken te zijn.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

8. Zoals is uiteengezet in opmerking 5.1 moet de vermelding van de Minister van Energie aan het begin van de aanhef worden geschrapt en moet het werkwoord “besluiten” in het enkelvoud worden gesteld.

Artikelen 1 en 2

9. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van de artikelen 1 en 2 van het ontwerp moeten de woorden “van 30 maart 2007” telkens worden ingevoegd na de woorden “ministerieel besluit”.

Artikel 4

10.1. Overeenkomstig artikel 4 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 februari 2019 en geldt het vanaf die datum als bekendmaking overeenkomstig artikel 6 van de ministeriële besluiten van 30 maart 2007.

In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

10.2. In haar advies van 14 februari 2019 verstrekt de CREG de volgende verantwoording voor die terugwerkende kracht:

“En l’espèce – et sous réserve de l’avis de la section de législation du Conseil d’Etat –, la CREG considère que l’arrêté ministériel en projet ne portera pas atteinte à des droits acquis, ni à des situations définitivement fixées au moment de son entrée en vigueur. En effet:

- à l’égard des bénéficiaires des tarifs sociaux, la mesure est à leur avantage et ne porte donc pas atteinte à leurs droits ;
- vis-à-vis des fournisseurs, la mesure sera compensée par les fonds clients protégés, alimentés par la cotisation fédérale, sur la base d’une déclaration de créance que les fournisseurs devront introduire à la CREG au premier trimestre 2020;
- vis-à-vis de ces mêmes fournisseurs, la rétroactivité de la mesure ne devrait pas formellement engendrer de difficultés de facturation ; en effet, les plafonds qu’entend instaurer l’arrêté ministériel en projet ne s’appliquent qu’aux volumes d’énergie consommés à partir du 1^{er} février 2019: ces volumes ne seront formellement facturés que dans le cadre de la facture de décompte (ou de clôture) du client final et l’on peut supposer que, d’ici à la publication de l’arrêté ministériel en projet, peu de factures de décompte (ou de clôture) portant sur des quantités de gaz et d’électricité consommées à partir du 1^{er} février 2019 auront été émises ;
- à l’égard de l’ensemble des consommateurs, qui devront supporter financièrement la mesure via une augmentation de la cotisation fédérale, celle-ci – à tout le moins pour 2020 – n’est pas encore fixée.”

10.3. De Raad van State kan zich in beginsel aansluiten bij die beoordeling.

Dat neemt niet weg dat artikel 4, tweede lid, van het ontwerp anders moet worden geformuleerd. Met die bepaling wordt beoogd om met een juridische fictie in de plaats van de bij artikel 3 van het ontwerp ingetrokken bekendmaking van de sociale maximumprijzen, de ontworpen sociale maximumprijzen te laten gelden als de voor de periode van 1 februari 2019 tot 31 juli 2019 bekendgemaakte sociale maximumprijzen overeenkomstig artikel 6 van de ministeriële besluiten van 30 maart 2007. De bewoordingen van artikel 4, tweede lid, van het ontwerp (“Dit besluit geldt, *vanaf 1 februari 2019*, als bekendmaking in het Belgisch Staatsblad (...)”) hebben echter tot gevolg dat ook de toekomstige bekendmakingen overeenkomstig het voormelde artikel 6 worden geïmplementeerd. Dat kan niet de bedoeling zijn, want indien de marktprijzen dalen zodat de overeenkomstig artikel 6 bepaalde sociale maximumprijzen onder de

ontworpen sociale maximumprijzen liggen, moeten de lagere sociale maximumprijzen wel degelijk worden bekendgemaakt zodat ze uitwerking kunnen hebben. Er is dan ook geen reden om voor de toekomst nieuwe bekendmakingen uit te sluiten. Artikel 4, tweede lid, van het ontwerp moet daarom worden herschreven zodat het enkel geldt voor de bekendmaking die voor 1 februari 2019 had moeten plaatsvinden. Dat kan door het te vervangen door de volgende twee leden:

“Het sociaal tarief dat met toepassing van artikel 6 van het ministerieel 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 voor 1 februari 2019 had moeten worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad wordt geacht overeen te stemmen met het bedrag vermeld in artikel 10, tweede en derde lid, van dat besluit van 30 maart 2017, zoals ingevoegd bij artikel 1 van dit besluit. De bekendmaking van dit besluit in het Belgisch Staatsblad geldt als die bekendmaking.

Het sociaal tarief dat met toepassing van artikel 6 van het ministerieel 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 voor 1 februari 2019 had moeten worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad wordt geacht overeen te stemmen met de bedragen vermeld in artikel 10, tweede en derde lid, van dat besluit van 30 maart 2007, zoals ingevoegd bij artikel 2 van dit besluit. De bekendmaking van dit besluit in het Belgisch Staatsblad geldt als die bekendmaking.”

Ondertekening

11. Zoals is uiteengezet in opmerking 5.1 moet de vermelding van de Minister van Energie bij de ondertekening worden geschrapt.

*

1. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence du ministre se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le ministre peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

2. 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 et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté ministériel soumis pour avis a pour objet de fixer des prix maximaux sociaux pour le gaz et l'électricité. Le mode de calcul actuel du prix maximal social pour le gaz, inscrit à l'article 10 de 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', et pour l'électricité, contenu à l'article 10 de 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' est maintenu, mais complété par deux alinéas qui fixent un plafond pour le résultat de ce calcul (articles 1^{er} et 2 du projet).

Le projet vise en outre à corriger la forte hausse des prix maximaux de l'électricité et du gaz, résultant du mode de calcul précité, pour la période du 1^{er} février au 31 juillet 2019, en retirant les publications au Moniteur belge faites en application de l'article 6 des arrêtés ministériels précités (article 3 du projet).

L'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} février 2019 et, vaut, depuis cette date, comme publication conformément à l'article 6 des arrêtés ministériels précités (article 4 du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE

4. L'arrêté ministériel en projet trouve son fondement juridique dans l'article 15/10, § 2, de la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (ci-après : la loi sur le gaz) et dans l'article 20, § 2, de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité). L'article 15/10, § 2, de la loi sur le gaz habilite le ministre qui a l'économie dans ses attributions à fixer des prix maximaux par kWh, valables sur l'ensemble du territoire, pour la fourniture de gaz naturel à des clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire. L'article 20,

§ 2, de la loi sur l'électricité lui octroie une même habilitation en ce qui concerne la fourniture d'électricité.

5. Concernant la portée des dispositions procurant le fondement juridique, il faut cependant formuler les observations suivantes.

5.1. Dès lors que le seul bénéficiaire de cette délégation de pouvoir est le ministre qui a l'économie dans ses attributions et pas le ministre qui a l'énergie dans ses attributions¹, l'arrêté envisagé ne peut pas être pris par l'actuel Ministre de l'Énergie, qui est dépourvu de compétence à cet effet.

La circonstance que le texte des deux arrêtés ministériels du 30 mars 2007 à modifier indique, tout comme les arrêtés ministériels antérieurs du 23 décembre 2003², qu'ils ont été pris par le Ministre de l'Énergie de l'époque, ne change rien à cette constatation. Les ministres qui ont signé les arrêtés concernés avaient en effet tant l'économie que l'énergie dans leurs attributions³. La mention de la compétence en matière d'énergie figurant dans le préambule et sous la signature est dès lors une erreur matérielle qui n'affecte pas la validité de ces arrêtés. Ces derniers ne pouvaient cependant être pris par les ministres concernés qu'en leur seule qualité de ministre qui a l'Économie dans ses attributions et il en va de même en ce qui concerne l'arrêté ministériel actuellement en projet.

5.2. Dans l'avis 64.911/1 du 10 janvier 2019 sur un avant-projet de loi qui visait notamment à étendre le régime des prix maximaux aux réseaux de distribution de chaleur, il avait été recommandé – et le délégué avait marqué son accord – de remplacer la délégation au ministre prévue dans ce régime en projet par une délégation au Roi, le législateur n'étant pas autorisé à octroyer une délégation directe à un ministre. Il avait été suggéré de procéder à ces adaptations dans les dispositions législatives qui procurent le fondement juridique au projet d'arrêté ministériel à l'examen⁴. Si l'arrêté en projet est élaboré postérieurement à ces modifications du fondement juridique, il faudra le convertir en arrêté royal. Si les modifications du fondement juridique ne sont réalisées que postérieurement, les modifications subséquentes des arrêtés ministériels du 30 mars 2007 devront être réalisées par arrêté royal⁵.

¹ Comparer la délégation au « ministre fédéral qui a l'économie dans ses attributions » prévue dans les dispositions procurant le fondement juridique avec la définition de « ministre » inscrite à l'article 1^{er}, 27°, de la loi sur le gaz et à l'article 2, 25°, de la loi sur l'électricité.

² L'arrêté ministériel du 23 décembre 2003 'modifiant l'arrêté ministériel du 12 décembre 2001 portant fixation de prix maximaux pour la fourniture d'électricité et l'arrêté ministériel du 15 mai 2003 portant fixation de prix maximaux pour la fourniture d'électricité aux clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire' et l'arrêté ministériel du 23 décembre 2003 'portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture de gaz naturel aux clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire'.

³ Pour les arrêtés ministériels du 23 décembre 2003 : Mme Fientje MOERMAN, Ministre de l'Économie, de l'Énergie, du Commerce extérieur et de la Politique scientifique de l'époque et pour les arrêtés ministériels du 30 mars 2007 : Monsieur Marc VERWILGHEN, Ministre de l'Économie, de l'Énergie, du Commerce extérieur et de la Politique scientifique de l'époque.

⁴ Avis 64.911/1 du 10 janvier 2019 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi-programme du 27 avril 2007', observation 6.

⁵ Il en va de même pour l'abrogation éventuelle de ces arrêtés.

5.3. Enfin, le dispositif en projet, qui s'apparente à un système de prix maximaux sociaux fixés anticipativement pour une durée indéterminée, se heurte à l'article 15/10, § 3, de la loi sur le gaz et à l'article 20, § 3, de la loi sur l'électricité. Ces dispositions énumèrent en effet un certain nombre de critères auxquels un régime de prix maximaux sociaux doit satisfaire. Un régime prévoyant des prix maximaux sociaux rigides plutôt que des prix maximaux sociaux fixés à nouveau tous les six mois risque à plus long terme de ne plus satisfaire aux critères précités. Ce risque concerne particulièrement la condition mentionnée au 3° des dispositions législatives précitées, selon laquelle les tarifs des clients résidentiels doivent être maintenus au niveau des meilleures pratiques tarifaires sur le même segment du marché dans les autres États membres de l'Union européenne – ce qui implique des prix maximaux susceptibles d'évoluer et ne s'accorde pas avec un plafond rigide – et la condition prévue respectivement aux 7° et 6° des dispositions législatives précitées, selon laquelle il y a lieu d'assurer la transparence en termes tarifaires et de favoriser les comportements de consommation rationnels – ce qui est loin d'être aisé si les prix maximaux sociaux ne sont pas périodiquement alignés sur les effets des évolutions de prix normales sur les marchés de l'énergie.

Si les auteurs du projet s'en tiennent à un système qui fixe anticipativement des prix maximaux sociaux, il faut alors assurer un suivi permanent de la conformité de ces prix avec les critères précités et, le cas échéant, opérer les adaptations nécessaires (voir à cet égard également les observations 7.1 à 7.3).

FORMALITÉS

6. Il ressort de la notification de la décision du Conseil des Ministres du 15 février 2019 que le projet peut être soumis au Comité de concertation en vue de la concertation avec les régions prescrite par les dispositions procurant le fondement juridique, en même temps que la demande d'avis au Conseil d'État.

Si cette concertation avec les régions devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient à nouveau être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

7.1. Ainsi qu'il a déjà été exposé au point 5.3, le dispositif en projet consiste en un système qui fixe anticipativement, pour une durée indéterminée, des prix maximaux sociaux, bien que le motif en soit la hausse soudaine de ces prix maximaux sociaux à partir du 1^{er} février 2019, résultant du mode de calcul prévu aux articles 8 à 11 des arrêtés ministériels du 30 mars 2017.

Dans son avis du 14 février 2019, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG) attire l'attention sur le fait qu'une telle mesure à durée indéterminée, en tout cas en ce qui concerne le marché de l'électricité, entre en conflit avec le nouveau projet de directive européenne élaboré dans le cadre du « Paquet énergie propre ». Dans la dernière version de ce projet de directive, l'article 5 n'autorise les interventions publiques dans la fixation du prix

que s'il est satisfait à un certain nombre de conditions, parmi lesquelles le caractère limité dans le temps⁶. Si cette directive devait être adoptée et publiée avant que le projet d'arrêté ministériel se concrétise, les auteurs du projet devraient déjà en tenir compte – même si le délai de transposition n'est pas encore échu – afin de ne pas arrêter des mesures qui mettraient gravement en péril l'objectif de la directive⁷.

7.2. À cela s'ajoute que cette future disposition de la directive concernant les interventions dans les prix de l'électricité ne fait que traduire la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice relativement aux prix du gaz naturel qui, au regard de sa formulation générale, présente également un intérêt pour les interventions dans les prix de l'électricité. Dans l'arrêt *Federutility*, la Cour de Justice a en effet déjà conclu qu'un État membre ne peut intervenir sur le marché qu'« à condition que cette intervention :

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

- ne porte atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel après le 1^{er} juillet 2007 que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation d'un tel objectif d'intérêt économique général et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée dans le temps, et

- soit clairement définie, transparente, non discriminatoire, contrôlable, et garantisse aux entreprises de gaz de l'Union un égal accès aux consommateurs »⁸.

Il peut être admis que le régime en projet relatif aux tarifs maximaux sociaux poursuit un intérêt économique général admissible, est clairement défini, transparent, non discriminatoire et contrôlable et garantit aux entreprises de gaz et d'électricité de l'Union un égal accès aux consommateurs. La mesure consistant à fixer anticipativement des prix maximaux sociaux pour une période indéterminée ne satisfait cependant pas à la condition du caractère limité dans le temps, de la réglementation en projet. L'article 6 des arrêtés ministériels du 30 mars 2017 prévoit certes encore toujours une révision semestrielle des prix maximaux sociaux, mais la limite de cette révision à un prix maximal fixé anticipativement pour une période indéterminée a pour conséquence qu'en cas de niveau de prix élevé persistant, les prix se trouvent

⁶ Article 5 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (refonte), COM(2016) 864 final, 2016/0380(COD). Pour la version la plus récente du projet, voir *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast) – Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, ST 5076 2019 INIT, Document du Conseil du 19 janvier 2019.

⁷ CJUE, 14 septembre 2016, C-138/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, point 42; CJUE, 18 décembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, point 45.

⁸ CJUE, 20 avril 2010, C-265/08, *Federutility*, point 47. Voir également (notamment) l'avis C.E. 56.894/3 du 18 décembre 2014 sur un projet devenu l'arrêté royal du 19 décembre 2014 'portant prolongation du mécanisme instauré par l'article 20bis de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et instauré par l'article 15/10bis de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', observations 5.1 à 5.3.

gelés pour une période indéterminée, ce qui ne se concilie pas avec la condition précitée exprimée dans l'arrêt *Federutility* et vraisemblablement pas non plus avec la future disposition de la directive également précitée.

7.3. Ainsi qu'il a déjà été exposé au point 5.3 (souci de conformité avec la disposition procurant le fondement juridique), il s'impose dès lors, par souci de conformité avec le droit européen, d'assurer un suivi permanent de la nécessité des prix maximaux fixés. Au vu de ces obligations imposées par le droit européen, l'exigence du caractère temporaire du dispositif en projet implique même l'obligation de le compléter par des dispositions qui garantissent expressément ce suivi permanent, de sorte qu'il puisse être mis un terme aux prix maximaux permanents lorsqu'il s'avère qu'ils ne sont plus nécessaires.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

8. Ainsi qu'il a été exposé au point 5.1, la mention de la Ministre de l'Énergie doit être omise au début du préambule et le verbe « arrêtent » doit être écrit au singulier.

Articles 1^{er} et 2

9. Dans le texte néerlandais de la phrase liminaire des articles 1^{er} et 2 du projet, les mots « van 30 maart 2007 » seront chaque fois insérés après les mots « ministerieel besluit ».

Article 4

10.1. Selon l'article 4 du projet, l'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} février 2019 et vaut depuis cette date comme publication conformément à l'article 6 des arrêtés ministériels du 30 mars 2007.

Il y a lieu d'observer à cet égard que c'est sous certaines conditions seulement que l'attribution d'un effet rétroactif à des arrêtés peut être réputée admissible. L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que dans les cas où la rétroactivité repose sur une base légale, où elle concerne une règle qui confère des avantages dans le respect du principe de l'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises. Ce n'est que si la rétroactivité du régime en projet s'inscrit dans l'une des hypothèses énumérées qu'elle pourra être admise.

10.2. Dans son avis du 14 février 2019, la CREG justifie cette rétroactivité de la manière suivante :

« En l'espèce – et sous réserve de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat –, la CREG considère que l'arrêté ministériel en projet ne portera pas atteinte à des droits acquis, ni à des situations définitivement fixées au moment de son entrée en vigueur. En effet:

– à l'égard des bénéficiaires des tarifs sociaux, la mesure est à leur avantage et ne porte donc pas atteinte à leurs droits ;

– vis-à-vis des fournisseurs, la mesure sera compensée par les fonds clients protégés, alimentés par la cotisation fédérale, sur la base d'une déclaration de créance que les fournisseurs devront introduire à la CREG au premier trimestre 2020;

– vis-à-vis de ces mêmes fournisseurs, la rétroactivité de la mesure ne devrait pas formellement engendrer de difficultés de facturation ; en effet, les plafonds qu'entend instaurer l'arrêté ministériel en projet ne s'appliquent qu'aux volumes d'énergie consommés à partir du 1^{er} février 2019: ces volumes ne seront formellement facturés que dans le cadre de la facture de décompte (ou de clôture) du client final et l'on peut supposer que, d'ici à la publication de l'arrêté ministériel en projet, peu de factures de décompte (ou de clôture) portant sur des quantités de gaz et d'électricité consommées à partir du 1^{er} février 2019 auront été émises ;

– à l'égard de l'ensemble des consommateurs, qui devront supporter financièrement la mesure via une augmentation de la cotisation fédérale, celle-ci – à tout le moins pour 2020 – n'est pas encore fixée ».

10.3. En principe, le Conseil d'État peut se rallier à ce point de vue.

Il n'en demeure pas moins que l'article 4, alinéa 2, du projet doit être autrement formulé. Cette disposition vise, par la voie d'une fiction juridique, à remplacer la publication des prix maximaux sociaux, retirée par l'article 3 du projet, en faisant en sorte que les prix maximaux sociaux en projet valent, pour la période du 1^{er} février 2019 au 31 juillet 2019, comme prix maximaux sociaux publiés en application de l'article 6 des arrêtés ministériels du 30 mars 2007. Les termes de l'article 4, alinéa 2, du projet (« Le présent arrêté vaut, *depuis le 1^{er} février 2019*, comme publication au Moniteur belge (...) ») ont toutefois pour effet que les publications futures faites en application de l'article 6 précité sont également visées. Telle ne saurait être l'intention, dès lors que si les prix du marché baissent en sorte que les prix maximaux sociaux fixés conformément à l'article 6 se situent sous les prix maximaux sociaux en projet, les prix maximaux sociaux moins élevés doivent bien être publiés pour qu'ils puissent avoir effet. Par conséquent, rien ne justifie d'exclure de nouvelles publications pour le futur. C'est pourquoi l'article 4, alinéa 2, du projet doit être réécrit en ce sens qu'il ne vaut que pour la publication qui aurait dû avoir lieu avant le 1^{er} février 2019. Dans cette optique, on peut le remplacer par les deux alinéas suivants :

« Le tarif social qui aurait dû être publié au Moniteur belge avant le 1^{er} février 2019 en application de l'article 6 de 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 est réputé correspondre au montant mentionné à l'article 10, alinéas 2 et 3, de cet arrêté du 30 mars 2007, insérés par l'article 1^{er} du présent arrêté. La publication du présent arrêté au Moniteur belge a la même valeur que cette publication.

Le tarif social qui aurait dû être publié au Moniteur belge avant le 1^{er} février 2019 en application de l'article 6 de 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 est réputé correspondre au montant mentionné à l'article 10, alinéas 2 et 3, de cet arrêté du 30 mars 2007, insérés par l'article 2 du présent arrêté. La publication du présent arrêté au Moniteur belge a la même valeur que cette publication ».

Signature

11. Ainsi qu'il a été exposé au point 5.1, la mention de la signature de la Ministre de l'Énergie doit être omise.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE