

COUR DE JUSTICE 29 OCTOBRE 2009

ENERGIE

Electricité – Régulateurs – Marché intérieur de l’électricité – Directive 2003/54/CE – Transposition – Manquement d’état – Compétences de l’autorité de régulation – Refus d’accès au réseau – Fixation ou approbation des méthodologies utilisées pour calculer ou établir les tarifs de transport et de distribution de l’électricité – Eléments déterminants

En ne prévoyant pas que les refus d’accès au réseau de distribution ou de transport d’électricité peuvent être soumis à l’autorité de régulation qui doit alors statuer par voie de décision contraignante dans un délai de deux mois, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l’article 23, paragraphe 5, de la directive.

En attribuant à une autorité autre que l’autorité de régulation la compétence pour définir des éléments déterminants pour le calcul des tarifs en ce qui concerne certaines installations de transport de l’électricité, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l’article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive.

Commission européenne/Royaume de Belgique

Siég: J.-C. Bonichot (président), C. Toader (rapporteur) et L. Bay Larsen (juges)

MP: Mengozzi (avocat général)

Pl.: Mes M. Patakia et B. Schima (pour la Commission), C. Pochet, en qualité d’agent et J. Scalais et O. Vanhulst (pour le Royaume de Belgique)

C-474/08

1. Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que:

– en ne prévoyant pas que des cas de refus d’accès au réseau de distribution ou de transport peuvent être soumis à l’autorité de régulation qui statuera par voie de décision contraignante dans un délai de deux mois, conformément à l’article 23, paragraphe 5, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l’électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176, p. 37, et rectificatif JO 2004, L 16, p. 74, ci-après la “directive”); et

– en soustrayant certains éléments déterminants pour le calcul des tarifs aux compétences de l’autorité de régulation prévues à l’article 23, paragraphe 2, de la directive,

le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de celle-ci.

Le cadre juridique

(...)

ENERGIE

Elektriciteit – Regulators – Interne markt voor elektriciteit – Richtlijn 2003/54/EG – Omzetting – Niet-nakoming – Bevoegdheden van de regelgevende instantie – Weigering van de toegang tot het net – Bepaling of goedkeuring van de tariefmethodologie – Determinerende elementen

Door niet te bepalen dat gevallen van weigering van toegang tot het elektriciteitsdistributie- of transportnet kunnen worden voorgelegd aan de regelgevende instantie, die vervolgens binnen twee maanden bij wege van bindende beslissing uitspraak moet doen, is het Koninkrijk België de krachtens artikel 23, lid 5, van de richtlijn op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

Door aan een andere instantie dan de regelgevende instantie de bevoegdheid te verlenen om voor de berekening van de tarieven determinerende elementen te bepalen met betrekking tot bepaalde elektriciteitstransportinstallaties, is het Koninkrijk België de krachtens artikel 23, lid 2, sub a), van de richtlijn op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

La procédure précontentieuse

(...)

Sur le recours

Sur le premier grief, tiré de la méconnaissance des dispositions de l’article 23, paragraphe 5, de la directive

(...)

Appréciation de la Cour

15. Il y a lieu de relever que l’article 23, paragraphe 5, de la directive prévoit expressément que toute partie ayant un grief à faire valoir contre un gestionnaire du réseau de l’électricité peut introduire une plainte, notamment sur les conditions et les tarifs de connexion, devant l’autorité de régulation, qui, agissant en tant qu’autorité de règlement du litige, doit prendre une décision dans un délai de deux mois.

16. Aux fins de la transposition de cette disposition, les réglementations nationales doivent prévoir un tel droit de

recours contre les gestionnaires du réseau ainsi que l'encaissement de la compétence de ladite autorité en matière de règlement de ces différends.

17. En l'occurrence, les dispositions nationales invoquées par le Royaume de Belgique se limitent à attribuer à la CREG, qui a été désignée en tant qu'autorité de régulation, un pouvoir de contrôle et de surveillance sur l'application de la réglementation en matière, notamment, d'accès au réseau et de méthodes d'allocation de la capacité d'interconnexion, sans reconnaître expressément le droit de présenter des plaintes contre les gestionnaires du réseau devant ladite autorité.

18. Cette mission générale de contrôle n'implique cependant pas nécessairement que la CREG soit dotée de la compétence pour prendre des décisions à caractère obligatoire dans les litiges nés des plaintes à l'encontre des gestionnaires de réseau.

19. En outre, ainsi qu'il a été relevé par la Commission, selon une jurisprudence constante de la Cour, si la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des dispositions de celle-ci dans une disposition légale expresse et spécifique et peut se satisfaire d'un contexte juridique général, il est cependant nécessaire que ce contexte juridique soit suffisamment clair et précis pour que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales (voir, notamment, arrêts du 15 novembre 2001, C-49/00, *Commission / Italie*, Rec. p. I-8575, point 21 et du 16 juillet 2009, C-554/07, *Commission / Irlande*, non encore publié au *Recueil*, point 60).

20. Dès lors que la directive prévoit l'attribution d'un droit de recours aux parties ayant un grief à faire valoir, une telle attribution doit ressortir de manière claire et non équivoque de la législation nationale.

21. En outre, la disposition nationale, invoquée par le Royaume de Belgique et portant sur le contrôle judiciaire des décisions de la CREG, est sans pertinence à cet égard. En effet, le caractère contraignant des actes de la CREG ainsi que le fait que ces actes puissent faire l'objet d'un recours juridictionnel ne démontrent pas que cette autorité exerce le rôle de règlement des différends prévu à l'article 23, paragraphe 5, de la directive.

22. De même, la circonstance que la chambre des représentants ait approuvé un projet de loi qui modifie la loi sur l'électricité en prévoyant la constitution, au sein de la CREG, d'une chambre des litiges ne peut être prise en considération par la Cour, dès lors que, selon une jurisprudence constante, l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé (voir, notamment, arrêts du 27 octobre 2005, C-23/05, *Commission / Luxembourg*, Rec. p. I-9535, point 9 et du 27 septembre 2007, C-115/07, *Commission / République tchèque*, point 9).

23. Il convient en conséquence de constater que, en ne prévoyant pas que les refus d'accès au réseau de distribution ou de transport d'électricité peuvent être soumis à l'autorité de régulation qui doit alors statuer par voie de décision contraignante dans un délai de deux mois, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 23, paragraphe 5, de la directive.

Sur le second grief, tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 23, paragraphe 2, de la directive

(...)

Appréciation de la Cour

27. Il y a lieu de rappeler que la directive prévoit, à son article 23, paragraphe 2, sous a), qu'il revient aux autorités de régulation de fixer ou d'approuver au moins les méthodologies utilisées pour calculer ou établir les tarifs de transport et de distribution de l'électricité.

28. La loi sur l'électricité prévoit, à son article 12^{novies}, ainsi que cela a été exposé précédemment, que le Roi peut définir des règles particulières relatives à la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire en ce qui concerne les installations de transport de l'électricité reconnues comme étant d'intérêt national ou d'intérêt européen.

29. Il convient de constater que, dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir.

30. La circonstance, soulignée par le Royaume de Belgique, qu'il incombe toujours à la CREG, même à l'égard de ces installations de transport, d'approuver les tarifs proposés par les gestionnaires de réseau est sans pertinence en l'espèce. En effet, l'attribution desdits pouvoirs au Roi réduit l'étendue des compétences conférées à l'autorité de régulation par la directive, dès lors que, dans l'approbation des tarifs, la CREG est liée par les règles particulières sur la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire établies par le Roi.

31. Il convient en conséquence de constater que, en attribuant à une autorité autre que l'autorité de régulation la compétence pour définir des éléments déterminants pour le calcul des tarifs en ce qui concerne certaines installations de transport de l'électricité, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive.

(...)

Par ces motifs, la Cour (6^{ème} chambre) déclare et arrête:

1) Le Royaume de Belgique,

– en ne prévoyant pas que des cas de refus d'accès au réseau de distribution ou de transport d'électricité peuvent être soumis à l'autorité de régulation qui doit alors statuer par voie de décision contraignante dans un délai de deux mois, conformément aux dispositions de l'article 23, paragraphe 5, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE; et

– en attribuant à une autorité autre que l'autorité de régulation la compétence pour définir des éléments déterminants pour le calcul des tarifs, en ce qui concerne certaines installations de transport de l'électricité, contrairement aux dispositions de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive 2003/54/CE,

a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive.

2) Le Royaume de Belgique est condamné aux dépens.

(...)

Noot

De bevoegdheden van de energieregulators op het vlak van de tarieven voor toegang tot netwerken

Tom Maes¹

Samenvatting

De nationale regelgevende instanties (ook regulators), die werden opgericht in het kader en met het oog op de vrijmaking van de energiesector, beschikken over ruime bevoegdheden, in het bijzonder op het vlak van de *ex ante* goedkeuring en/of vaststelling van de tarieven voor toegang tot de infrastructuur. Die bevoegdheden worden nog versterkt in het kader van het zgn. derde pakket. Het komt aan de lidstaten toe om die Europese regels aan de hand van duidelijke en precieze regels in het nationaal recht om te zetten.

Résumé

Les autorités de régulation nationales (également appelés régulateurs), qui ont été créées dans le cadre et en vue de la libéralisation du secteur de l'énergie, disposent de compétences étendues, en particulier en ce qui concerne l'approbation *ex ante* et/ou la fixation de tarifs d'accès au réseau. Ces compétences ont encore été renforcées dans le cadre du troisième paquet énergie. Il incombe aux Etats membres de transposer ces règles européennes par l'adoption de règles claires et précises au niveau national.

1. EEN KORTE HISTORIEK

In het kader van het Europees verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "VWEU")² dat een interne markt voorstaat, zijnde een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd, werd in het laatste decennium van voorgaande eeuw een aanvang genomen met de verwezenlijking van de interne markt voor elektriciteit en aardgas.

Deze interne markt heeft tot doel een echte keuzevrijheid te bieden aan alle consumenten in de Europese Unie, zowel particulieren als ondernemingen, nieuwe mogelijkheden voor economische groei te creëren en de grensoverschrij-

dende handel te bevorderen en zo efficiëntieverbeteringen, concurrerende tarieven en een betere dienstverlening te bewerkstelligen, alsmede bij te dragen tot de leverings- en voorzieningszekerheid en de duurzaamheid van de economie³.

Als motor van het liberaliseringsproces probeert de Europese Commissie deze interne energiemarkt te realiseren door steeds sneller opeenvolgende en meer dwingende regels voor te stellen.

In het begin van de jaren '90 werd hiertoe een eerste, weliswaar schuchtere aanzet gegeven gezien in die richtlijnen⁴ louter informatieverplichtingen werden opgelegd. In de

¹ Eerstaanwendend adviseur CREG. Deze bijdrage is geschreven in eigen naam; de hierin vervatte opinies en stellingen verbinden enkel en alleen de auteur.

² *Pb.C.* 2008, 115/47, p. 47.

³ Zie de eerste overweging van richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG.

⁴ Richtlijn 90/377/EEG van de Raad van 29 juni 1990 betreffende een communautaire procedure inzake de doorzichtigheid van de prijzen van gas en elektriciteit voor industriële eindverbruikers.

Richtlijn 91/296/EEG van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten.

tweede helft van de jaren '90 volgde dan zowel voor elektriciteit als aardgas richtlijnen die een aantal gemeenschappelijke regels vaststelden met betrekking tot de organisatie en de werking elektriciteits- en aardgassector⁵. In 2003 werden de vorige richtlijnen vervangen door nieuwe richtlijnen die tot doel hadden gelijke concurrentievoorwaarden te waarborgen, het risico van marktdominantie en marktondermijndend gedrag te beperken, niet-discriminerende transmissie- en distributietarieven te garanderen, en de rechten van kleine en kwetsbare afnemers te beschermen⁶. Voor het eerst werd ook gebruik gemaakt van verordeningen⁷ zodat de daarin voorziene regels algemeen verbindend en rechtstreeks van toepassing werden in de lidstaten⁸.

Tien jaar na de eerste gemeenschappelijke regels voor elektriciteit en aardgas werd in 2009 een derde pakket wetgevende maatregelen betreffende de energie (het zgn. 'derde pakket')⁹ aangenomen dat de vorige richtlijnen en verordeningen met ingang van 3 maart 2011 volledig zal vervangen. Binnen dit pakket werd ook besloten tot oprichting van een agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators¹⁰.

De voornaamste doelstelling van het derde pakket is het vaststellen van het regelgevend kader dat nodig is om de

openstelling van de energiemarkt volledig doeltreffend te maken door middel van¹¹:

- effectiever toezicht door werkelijk onafhankelijke en deskundige nationale regelgevende instanties;
- verbeterde grensoverschrijdende samenwerking en investeringen door het creëren van een nieuw Europees netwerk van transmissiesysteembeheerders (ENTSO);
- versterking van de solidariteit ten einde beter voorbereid te zijn op eventuele leveringsonderbrekingen;
- creatie van homogene concurrentievoorwaarden door het scheiden van de productieactiviteiten en verkoopactiviteiten van de vervoersactiviteiten;
- grotere transparantie in het beheer van netwerken en de levering door het garanderen van gelijke toegang tot informatie, betere prijstransparantie, het opbouwen van vertrouwen consumenten in de markt en het voorkomen van marktmanipulatie;
- de rechten van de burgers centraal te stellen in het proces van marktopening met sterke verplichtingen ter bescherming van kwetsbare energieverbruikers.

Hierna zal de rol van de nationale regelgevende instanties nader worden toegelicht, met bijzondere aandacht voor hun tarifaire bevoegdheden in het licht van de recente arresten van het Hof van Justitie.

2. BEVOEGDHEID VAN DE NATIONALE REGELGEVENDE INSTANTIES OP HET VLAK VAN DE TARIEFBEPALING

2.1. De Tweede Elektriciteits- en Aardgasrichtlijnen

Met het oog op de vrijmaking van de energiemarkten voor-

zien de Tweede Elektriciteits- en Aardgasrichtlijnen o.m. in de oprichting van "nationale regelgevende instanties" die geheel onafhankelijk moeten zijn van de belangen van de gas- en elektriciteitssector¹².

⁵ Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas.

⁶ Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (hierna: de Tweede Elektriciteitsrichtlijn).

Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (hierna: de Tweede Aardgasrichtlijn).

⁷ Verordening (EG) nr. 1228/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit.

Verordening (EG) nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten.

⁸ Art. 288, tweede al., VWEU.

⁹ Verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003.

Verordening (EG) nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1775/2005.

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 (hierna: de Derde Elektriciteitsrichtlijn).

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 (hierna: de Derde Aardgasrichtlijn).

¹⁰ Verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators.

¹¹ Persbericht van de Europese Unie, IP/09/1038.

¹² Overweging 15 Tweede Elektriciteitsrichtlijn en overweging 13 Tweede Aardgasrichtlijn, en art. 23-1 Tweede Elektriciteitsrichtlijn en art. 25-1 Tweede Aardgasrichtlijn.

In het kader van de omzetting van de Europese regels werd, in België, de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) bij de wetten¹³ van 29 april 1999 opgericht en aangeduid als nationale regelgevende instantie voor de elektriciteits- en aardgasmarkt.

De oprichting van een regelgevende instantie is niet eigen aan de energiesector; in andere sectoren zoals bijvoorbeeld de telecomsector werd reeds in de jaren '90 voorzien dat dergelijke regulatoren zouden worden opgericht teneinde toe te zien op de daadwerkelijke vrijmaking van de markt.

Overeenkomstig de bepalingen van de Tweede Elektriciteits- en Aardgasrichtlijnen zijn de regelgevende instanties onder meer bevoegd om de tarieven, of ten minste de methoden voor de berekening van transport- en distributietarieven vast te stellen of goed te keuren. Die tarieven moeten transparant, niet-discriminerend en kostengeoriënteerd zijn¹⁴, teneinde de geleidelijke openstelling van de betrokken markt voor de mededinging mogelijk te maken. Bovendien moeten deze tarieven worden gepubliceerd voordat ze in werking treden om onzekerheid te voorkomen en kostbare en tijdrovende geschillen te vermijden¹⁵.

De lidstaten kunnen ook voorschrijven dat de regelgevende instanties de tarieven of ten minste de methoden aan de relevante instantie in de lidstaat voorleggen met het oog op een formeel besluit. De relevante instantie beschikt in dat geval over de bevoegdheid om een door de regelgevende instantie voorgelegd ontwerpbesluit hetzij goed te keuren, hetzij af te wijzen¹⁶.

In een interpretatieve nota¹⁷ heeft de Europese Commissie aangegeven dat de goedkeuring van de tarieven en voorwaarden voor toegang tot het netwerk, dat het vervoer, de distributie en de LNG-installaties omvat, de belangrijkste taak van de regulator is.

Meer bepaald moet de nationale regelgevende instantie de methodologie goedkeuren voor de voorafgaande berekening van de tarieven voor gebruik van de netwerken en de evenwichtsdiensten. Die instantie is eveneens bevoegd om de verschillende tarieven a posteriori te wijzigen¹⁸.

De goedkeuring van een tariefmethodologie impliceert een voorafgaande beoordeling van de belangrijkste kostencomponenten zoals hieronder opgesomd om buitensporige marges bovenop de kosten en eventuele kruissubsidiëring te voorkomen¹⁹:

- de waarde van het geïnvesteerde kapitaal van de geregelde onderneming dat een rendement moet genereren en de aanvullingen op dit kapitaal in de vorm van netto-investeringen tijdens de beschouwde periode;
- het gepaste rendementspercentage op dit kapitaal, rekening houdend met het lage risicoprofiel van een geregelde onderneming;
- de gepaste afschrijvingspercentages van die activa;
- de operationele kosten van de geregelde onderneming.

Over het algemeen wordt aangenomen dat de nationale regelgevende instantie met het oog op het verzekeren van kostengeoriënteerde tarieven over een vrij ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt en passende middelen te haren beschikking heeft om zo doeltreffend mogelijk te onderzoeken of dit beginsel correct is toegepast²⁰.

2.2. De arresten van 29 oktober 2009

De geannoteerde arresten hebben specifiek betrekking op de hierboven beschreven bevoegdheid van de regulatoren met betrekking tot de *ex ante* goedkeuring of vaststelling van tarieven voor toegang tot de netwerken.

Beide arresten werden uitgesproken in het kader van zgn. beroepen tot niet-nakoming ingeleid door de Europese Commissie. De Europese verdragen bepalen immers dat de Europese Commissie over de correcte toepassing van het Europees recht waakt. Indien lidstaten het Europees recht niet eerbiedigen (bv. geen tijdige of onjuiste omzetting van richtlijnen) kan de Europese Commissie op grond van artikel 258 van het VWEU (oud art. 226 van het EG-Verdrag) tegen die inbreuk optreden (beroep wegens niet-nakoming) en zondig een zaak aanhangig maken bij het Europees Hof van Justitie.

a) Arrest Commissie / België (C-474/08)

Het eerste arrest is gewezen in het kader van een beroep tot nakoming gericht tegen België.

In dit arrest gaat het Hof van Justitie meer bepaald na of artikel 12*novies* van de Belgische Elektriciteitswet in overeenstemming is met artikel 23, lid 2, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

¹³ Wet betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna: de Elektriciteitswet) en wet betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten. Deze laatste wet bracht wijzigingen aan de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hierna: de Gaswet).

¹⁴ Zie o.m. art. 3, § 1, van verordening 1775/2005.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Art. 23-3 Tweede Elektriciteitsrichtlijn en art. 25-3 Tweede Aardgasrichtlijn. Interpretatieve nota van de Europese Commissie over de rol van de regelgevende instanties, 14 januari 2004, p. 1.

¹⁷ Interpretatieve nota van de Europese Commissie over de rol van de regelgevende instanties, 14 januari 2004.

¹⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁰ Zie, naar analogie, arrest van het Hof van Justitie van 24 april 2008, C-55/06, *Arcor*, randnr. 158.

Artikel 12*novies* voorziet dat de Koning, na advies van de CREG, de bijzondere regels vaststelt met betrekking tot de afschrijving en de billijke winstmarge voor uitbreidingen van installaties en nieuwe installaties van nationaal of Europees belang.

Artikel 23, lid 2, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn bepaalt dat “de regelgevende instanties [...] verantwoordelijk [zijn] voor de vaststelling of de aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake: a) de aansluiting op en de toegang tot nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven. Deze tarieven of methodes maken het mogelijk dat de noodzakelijke investeringen in de netwerken op een zodanige wijze worden uitgevoerd, dat zij de rentabiliteit van de netwerken waarborgen; [...]”.

In het arrest stelt het Hof vast dat de toekenning aan een andere instantie dan een regulator (in casu de Koning) van de bevoegdheid om de belangrijke/determinerende elementen voor de tariefbepaling vast te stellen of goed te keuren niet in overeenstemming is met artikel 23, lid 2, onder a), van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

Het Hof bevestigt²¹ met andere woorden dat de regulator ten minste bevoegd moet zijn voor de vaststelling of goedkeuring van de belangrijke/determinerende²² elementen van de tariefmethodologie. Dit is een minimumstandaard²³. De nationale wetgever kan de regulator ook meer bevoegdheden geven, maar zeker niet minder.

Niet onbelangrijk is het feit dat het Hof het niet voldoende acht dat de CREG, krachtens de Belgische Elektriciteitswet, de bevoegdheid heeft om de tarieven goed te keuren.

Het Hof merkt immers op dat de CREG, bij de goedkeuring van de tarieven, ertoe gehouden is om de specifieke regels die de Koning heeft vastgesteld voor wat betreft de afschrijvingen en de billijke winstmarge, toe te passen. Volgens het Hof is dit niet in overeenstemming met het Europese rechtskader.

Hieruit volgt o.i. dat het voorzien van een goedkeuringsbevoegdheid inzake tarieven noodzakelijkerwijs gepaard moet gaan met een bevoegdheid om de tariefmethodologie vast te stellen of goed te keuren.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat de Belgische wetgever bijzonder snel gereageerd heeft op de veroordeling door het Hof van Justitie. Artikel 12*novies* van de Elektriciteitswet is immers gewijzigd door artikel 14 van de wet van

30 december 2009 houdende diverse bepalingen²⁴ en voorziet thans dat: “Op voorstel van de Commissie en onverminderd de bepalingen van het koninklijk besluit van 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, kan de Koning bijzondere regels definiëren met betrekking tot de bepaling van de afschrijvingen en de billijke marge die respectievelijk bedoeld worden in artikel 12*quater*, § 1, van toepassing op de uitbreidingen van installaties of op nieuwe installaties voor het transport van elektriciteit, die worden erkend als zijnde van nationaal of Europees belang, voor een bepaald aantal regulatoire periodes, teneinde de ontwikkeling van deze op lange termijn mogelijk te maken.”

Het is zeer de vraag of deze gewijzigde versie van artikel 12*novies* tegemoet komt aan het dispositief van het arrest. Krachtens deze nieuwe bepaling komt het nog steeds aan de Koning toe om de bijzondere regels met betrekking tot de bepaling van de afschrijvingen en de billijke marge te definiëren.

Men zou weliswaar kunnen stellen dat er hier gebruik is gemaakt van de mogelijkheid dat de Koning het voorstel louter goedkeurt of afwijst, maar dit wordt nergens in de nieuwe bepaling aangegeven zodat er geen zekerheid is dat de Koning zich hiertoe zal beperken. Dit strookt niet met de verplichting voor de lidstaten om een richtlijnbeepaling op een duidelijke en precieze manier in de interne rechtsorde om te zetten.

Voorts moet worden benadrukt dat de aan dit oordeel van het Hof ten grondslag liggende schending van het Gemeenschapsrecht, en meer bepaald de kerntaak van de nationale regelgevende instantie, o.i. naar analogie moet worden toegepast op andere bepalingen uit de Elektriciteitswet en Gaswet en de op grond daarvan genomen akten (vnl. KB's) die voorzien in een loutere adviesbevoegdheid voor de CREG of helemaal geen bevoegdheid voor wat betreft de vaststelling of goedkeuring van de tarieven of tariefmethodologie. Dergelijke bepalingen zijn o.i. eveneens in strijd met het Europese rechtskader.

b) Arrest Commissie / Zweden, C-274/08

Het toeval – of de interne organisatie van het Hof – wil dat op dezelfde dag als het hiervoor besproken arrest *Commissie / België* (met name 29 oktober 2009) een andere kamer van het Hof van Justitie zich over de interpretatie van artikel 23, lid 2, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn en de

²¹. Niet onbelangrijk is het feit dat het Hof het niet noodzakelijk heeft geacht om het advies van een advocaat-generaal in te winnen. Zulks wijst op het feit dat de voorgelegde vragen volgens het Hof vrij eenvoudig te beantwoorden waren (volgens art. 22 van het statuut van het Hof van Justitie is dit enkel mogelijk wanneer er geen ‘nieuwe rechtsvragen’ aan de orde zijn).

²². De termen van het arrest zijn niet altijd even consistent. In de (Franse) tekst van randnr. 29 van het arrest is er sprake van ‘*éléments importants*’ terwijl er in randnr. 31 en in het dispositief sprake is van ‘*éléments déterminants*’.

²³. Dit vloeit ook voort uit het gebruik van de term ‘ten minste’ in art. 23, lid 2, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

²⁴. BS 31 december 2009.

bevoegdheden van de regelgevende instanties op tarifair vlak heeft moeten buigen.

In deze zaak ging het om een inbreukprocedure die door de Europese Commissie was ingeleid tegen Zweden omwille van het feit dat de Zweedse regels inzake tariefbepaling te vaag waren en niet voorafgaandelijk door de regulator werden goedgekeurd.

In het arrest van 29 oktober 2009 bevestigt het Hof dat de Zweedse reglementering niet in overeenstemming is met de Europese regels.

Belangrijk is dat het Hof daarbij uitgaat van de doelstelling van artikel 23, lid 2, *sub a*), van de richtlijn.

Volgens het Hof vereist dat artikel een voldoende mate van voorspelbaarheid van de genoemde tarieven, zodat de noodzakelijke investeringen voor de levensvatbaarheid van de netwerken voor transmissie en distributie van elektriciteit kunnen worden uitgevoerd. Het doel van de richtlijn kan immers slechts worden bereikt door de vaststelling van concrete tarieven of een methode voor de berekening van de tarieven die zo nauwkeurig is dat de marktdeelnemers kunnen ramen hoeveel de toegang tot de transmissie- en distributienetwerken kost. Niet vereist is – aldus het Hof – dat de tariefbepaling zo eenvoudig moet zijn dat zij louter uit een formule bestaat met een aantal parameters waarmee de tarieven concreet en direct kunnen worden berekend²⁵.

2.3. De tarifaire bevoegdheden van de regulatoren in het kader van het derde pakket

Zoals hiervoor werd toegelicht is voornaamste doelstelling van het zgn. derde pakket het vaststellen van het regelgevend kader dat nodig is om de openstelling van de markt volledig doeltreffend te maken. Er is immers nog steeds sprake van een gebrekkige (discriminerende) toegang tot de netwerken en regulerend toezicht in de lidstaten is vaak onvoldoende²⁶.

Deze laatste reden heeft ertoe geleid dat het derde pakket een aantal maatregelen omvat die een effectiever toezicht door werkelijk onafhankelijke en deskundige nationale regelgevende instanties moeten toelaten.

Zo is in de Derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn een volledig hoofdstuk gewijd aan de nationale regelgevende instanties. In zes artikelen wordt ingegaan op:

- de aanwijzing en onafhankelijkheid van regulerende instanties;
- de algemene doelstellingen van de regulerende instantie;

- de taken en bevoegdheden van de regulerende instantie;
- het reguleringsstelsel voor grensoverschrijdende kwesties;
- de overeenstemming met de richtsnoeren;
- het bijhouden van gegevens.

De onafhankelijkheid van de nationale regulerende instanties wordt op verschillende vlakken versterkt.

Zo dienen de lidstaten erover te waken dat de regulerende instantie, bij de uitvoering van haar taken juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere particuliere of publieke entiteit. Naast de onafhankelijkheid van marktbelangen geldt dus eveneens de vereiste dat de betrokken instantie geen directe instructies mag verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten²⁷. Dit gaat duidelijk verder dan het tweede pakket waar enkel de onafhankelijkheid van de elektriciteits- en gasector werd beoogd.

Op het vlak van de tarifaire bevoegdheden moet worden vermeld dat iedere lidstaat één enkele nationale regulerende instantie op nationaal niveau aanwijst²⁸ en dat deze nationale regulerende instanties bevoegd zijn om ten minste de methodes voor het berekenen of het totstandkomen van de volgende voorwaarden vast te stellen of voldoende ruim vóór hun inwerkingtreding goed te keuren²⁹.

In de interpretatieve nota over de rol van de regulatoren die zij op 22 januari 2010 heeft bekendgemaakt benadrukt de Europese Commissie dat het thans *enkel aan de nationale* regelgevende instantie toekomt om de tarieven of methodologie vast te stellen of goed te keuren.

Er is geen plaats meer voor een tussenkomst van de Koning of de wetgever, zoals onder het tweede pakket.

Uit samenlezing van de verschillende bepalingen uit de richtlijn leidt de Europese Commissie vier opties af met betrekking tot de manier waarop de tarieven voor toegang tot het netwerk en balanceringsdiensten worden bepaald³⁰:

- de nationale regelgevende instantie stelt de tarieven vast;
- de nationale regelgevende instantie stelt de methodologie vast;
- de nationale regelgevende instantie keurt de tarieven goed;
- de nationale regelgevende instantie keurt de methodologie goed.

²⁵ *Ibid.*, Overwegingen 38-40.

²⁶ Overweging 4 van de Derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn.

²⁷ Art. 35, 4^{de} lid, Derde Elektriciteitsrichtlijn en art. 39, 4^{de} lid, Derde Gasrichtlijn.

²⁸ Art. 35, 1^{ste} lid, Derde Elektriciteitsrichtlijn en art. 39, 1^{ste} lid, Derde Gasrichtlijn. Interpretatieve nota van de Europese Commissie over de rol van de regelgevende instanties, 22 januari 2010, p. 3.

²⁹ Art. 37, 6^{de} lid, Derde Elektriciteitsrichtlijn en art. 41, 6^{de} lid, Derde Gasrichtlijn.

³⁰ Interpretatieve nota van de Europese Commissie over de rol van de regelgevende instanties, 22 januari 2010, p. 12.

In overweging 36 van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en overweging 32 van de Derde Gasrichtlijn wordt voorts benadrukt dat de nationale regelgevende instantie de tarieven of de methodologie goedkeurt of vaststelt op basis van een voorstel van de transmissie- of distributiesysteembeheerder, of op basis van een voorstel dat is overeengekomen tussen deze systeembeheerder(s) en de gebruikers van het net.

Volgens de Europese Commissie betekent dit dat de nationale regelgevende instantie ook de bevoegdheid heeft om dergelijk voorstel af te wijzen en te wijzigen. Indien de nationale regelgevende instantie de bevoegdheid over de methodologie werd gegeven (de vaststelling of goedkeuring), is het – aldus de Europese Commissie – aan de systeembeheerders om de tarieven te berekenen (die in overeenstemming moeten zijn met de methodologie van de nationale regelgevende instantie).

O.i. kunnen deze vier opties ook worden gecombineerd, gelet op de bepaling in artikel 37, 6^{de} lid, van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 41, 6^{de} lid, van de Derde Gasrichtlijn.

De analyse van de betrokken bepalingen van het derde pakket geeft in ieder geval aan dat de Europese wetgever de centrale rol van de regelgevende instanties zonder meer bevestigt.

Anders dan nog het geval was in het kader van de Tweede Gas- en Elektriciteitsrichtlijnen is er thans geen rol meer weggelegd voor de nationale wetgever op het vlak van de goedkeuring en/of vaststelling van tarieven en tariefmethodologiën. Het is thans de regulator die, op dit specifieke vlak, ‘regulerend’ moet optreden.

3. BESLUIT

De hierboven geannoteerde arresten *Commissie / België* en *Commissie / Zweden* zijn bijzonder verhelderend voor wat betreft de bevoegdheden van de regelgevende instanties op het vlak van de *ex ante* goedkeuring en bepaling van de tarieven voor de toegang tot de infrastructuur.

Zij benadrukken de centrale rol die de energieregulatoren op dit vlak vervullen en zijn, in die zin, ook de voorbode van het

zgn. Europese derde pakket wetgevende maatregelen dat thans, ten laatste op 3 maart 2011, door de Belgische wetgever moet worden omgezet.

Het valt te hopen dat de Belgische wetgever niet zal talmen met die omzetting en daarbij oog zal hebben voor de perikelen waartoe de onjuiste omzetting van de Europese regels tot nog toe heeft geleid.