

Rolnummer 5424
Arrest nr. 117/2013 van 7 augustus 2013

A R R E S T

In zake : het beroep tot gedeeltelijke vernietiging van 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 produkten en andere door middel van leidingen », ingesteld door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG).

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters J. Spreutels en M. Bossuyt, de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, en, overeenkomstig artikel 60*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, emeritus voorzitter R. Henneuse, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van emeritus voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 15 juni 2012 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 18 juni 2012, heeft de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), met zetel te 1040 Brussel, Nijverheidsstraat 26-38, beroep tot gedeeltelijke vernietiging ingesteld van 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 » (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 11 januari 2012).

Memories zijn ingediend door :

- de nv « Marcinelle Energie », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 6030 Marchienne-au-Pont, rue de la Providence 150;
- de opdrachthoudende vereniging « Intercommunale voor Energie » (IVEG), waarvan de zetel is gevestigd te 2660 Hoboken, Antwerpsesteenweg 260, en de opdrachthoudende vereniging « Infrax West », waarvan de zetel is gevestigd te 8820 Torhout, Noordlaan 9;
- de Ministerraad.

De verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend, en de nv « Marcinelle Energie », de opdrachthoudende vereniging « Intercommunale voor Energie » (IVEG), de opdrachthoudende vereniging « Infrax West » en de Ministerraad hebben ook memories van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 16 april 2013 :

- zijn verschenen :
 - . Mr. P. de Bandt, Mr. D. Verhoeven en Mr. D. Vaxelaire, *loco* Me. D. Lindemans, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;
 - . Mr. L. Depré, advocaat bij de balie te Brussel, voor de nv « Marcinelle Energie »;
 - . Mr. T. Chellingsworth en Mr. D. Vanherck, advocaten bij de balie te Brussel, voor de opdrachthoudende vereniging « Intercommunale voor Energie » (IVEG) en voor de opdrachthoudende vereniging « Infrax West »;
 - . Mr. G. Block, Mr. L. Cozigou en Mr. L. Hage, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers J. Spreutels en L. Lavrysen verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van de bestreden bepalingen

A.1.1. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : CREG) en de Ministerraad wijzen erop dat de bestreden wet de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna : « Elektriciteitswet ») en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen (hierna : « Gaswet ») wijzigt teneinde de volgende Europese richtlijnen en verordeningen om te zetten en uitvoering eraan te geven :

- de 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 : « richtlijn 2009/72/EG »);

- de 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 : « richtlijn 2009/73/EG »);

- de richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (hierna : « richtlijn 2009/28/EG »);

- de 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 (hierna : « verordening (EG) nr. 713/2009 »);

- de 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 (hierna : « verordening (EG) nr. 714/2009 »);

- de 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 (hierna : « verordening (EG) nr. 715/2009 »).

A.1.2. De twee eerste richtlijnen en de verordeningen maken deel uit van wat doorgaans het « derde energiepakket » wordt genoemd, dat ertoe strekt de totstandbrenging van de interne markt mogelijk te maken.

De richtlijn 2009/72/EG strekt ertoe gemeenschappelijke regels in te voeren inzake productie, transmissie, distributie en levering van elektriciteit. Zij stelt eveneens de verplichtingen op het gebied van de universele dienstverlening en de rechten voor consumenten vast. Ten slotte verduidelijkt zij de verplichtingen op het gebied van mededinging, terwijl de richtlijn 2009/73/EG ertoe strekt gemeenschappelijke regels in te voeren inzake vervoer, distributie, levering en opslag van gas.

A.1.3. De Ministerraad voegt daaraan toe dat die maatregelen, die in 2003 waren voorafgegaan door richtlijnen met betrekking tot de liberalisering van de elektriciteits- en de gasmarkt, ertoe strekken de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instanties te vergroten (de bestreden wet bekleedt de CREG aldus met de bevoegdheid om de tariefmethodologieën vast te stellen die - overeenkomstig het arrest nr. 97/2011 - niet langer bij koninklijk besluit zullen worden vastgesteld en voorziet erin dat zij enkel nog rekenschap zal moeten afleggen voor de Kamer van volksvertegenwoordigers), de consumentenbescherming te versterken (de bestreden wet versterkt daartoe de bevoegdheden van de CREG) en de beheerders van elektriciteitstransmissienetten en van aardgasvervoersnetten te ontvlechten, namelijk de « *unbundling* » (hetgeen in België reeds was verwezenlijkt, zodat de bestreden wet zich in dat verband beperkt tot vormwijzigingen en tot het voorzien in certificeringsprocedures).

A.1.4. De Ministerraad wijst eveneens erop dat de bestreden wet is ontstaan uit een proces van intens overleg tijdens hetwelk de CREG, onder het mom van een studie waartoe zij bij de Gaswet en de Elektriciteitswet is gemachtigd, wijzigingen heeft voorgesteld die in de wetgeving moesten worden aangebracht, terwijl die bevoegdheid enkel de wetgever toekomt. Sommige van die voorstellen werden aangenomen, andere niet, hetgeen wellicht het onderhavige beroep verklaart, terwijl de bestreden wet de in de Europese normen bedoelde maatregelen nochtans volledig in werking heeft gesteld.

A.1.5. In haar memorie van antwoord wijst de CREG erop dat de desbetreffende studie enkel ertoe strekte via grondige analyses bij te dragen tot de kwaliteit van het wetgevend werk. Omzettingfouten komen immers vaak voor en uit het aantal door de Ministerraad erkende « tikfouten » van de wetgever blijkt dat die analyses relevant waren.

A.1.6. In zijn memorie van wederantwoord verwijst de Ministerraad naar de prejudiciële vragen die hij in zijn memorie heeft voorgesteld te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie en waarop het antwoord doorslaggevend zou zijn om zich uit te spreken over de geldigheid van de omzetting van de richtlijnen in Belgisch recht. Hij verwondert zich erover dat de nationale regulerende instantie, verzoekende partij, het voorstel om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie niet steunt, omdat zij zulks niet zelf heeft voorgesteld, en verzoekt erom die prejudiciële vragen te stellen.

Hij wijst bovendien erop dat de materiële vergissingen in de tekst zullen worden gecorrigeerd.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

Met betrekking tot het belang van de verzoekende partij om in rechte te treden

A.2.1. De CREG zet uiteen dat zij als federale instelling voor de regulering van de aardgas- en de elektriciteitsmarkt, belast met raadgevende taken en taken van toezicht en controle en ertoe gemachtigd alle maatregelen te nemen teneinde de in artikel 23, § 1, van de Elektriciteitswet en de in artikel 15/14, § 1, van de Gaswet vastgestelde doelstellingen te bereiken, een belang heeft bij het vorderen van de vernietiging van bepalingen die een inbreuk plegen op de Europese normen waarvan zij de omzetting en de uitvoering beweren te verzekeren, die afbreuk doen aan de bevoegdheden die de wetgever wordt geacht haar bij die omzetting toe te wijzen en die richtlijnen die het haar mogelijk maken de correcte toepassing van het Europese reguleringskader te verzekeren, niet correct omzetten. Zij voegt daaraan toe dat zij, rekening houdend met de rechtspraak van het arrest « *Fratelli Costanzo* » van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zaak C-103/88), zoals alle bestuursorganen ertoe is gehouden de nationaalrechtelijke bepalingen te weren die indruisen tegen voldoende onvoorwaardelijke en nauwkeurige bepalingen van de betrokken richtlijnen; de rechtsonzekerheid die daaruit voortvloeit, biedt haar de mogelijkheid te doen blijken van het belang bij het vorderen van de vernietiging van die bepalingen bij een arrest met een werking *erga omnes* en *ex tunc*.

Met betrekking tot het belang van de tussenkomen partijen om in rechte te treden

A.2.2.1. De nv « *Marcinelle Energie* » rechtvaardigt haar belang bij de tussenkomst door de omstandigheid dat zij meent het mechanisme te kunnen genieten dat is ingevoerd bij artikel 4, 6°, van de bestreden wet waarvan de vernietiging door de verzoekende partij wordt gevorderd.

Zij wijst erop dat zij een zogenaamde « STEG »-elektriciteitscentrale (stoom- en gasturbine) van 420 MW heeft gebouwd en exploiteert. Krachtens een contract voor aansluiting op het net dat met de elektriciteitstransmissienetbeheerder ELIA is gesloten, injecteert zij de elektriciteit die zij produceert, sedert 2011 in het hoogspanningsnet (150 kV). Zij zet uiteen dat het bestreden artikel 4, 6°, ertoe strekt de komst van nieuwkomers op de Belgische markt van de elektriciteitsproductie te bevorderen door de risico's van een boete vanwege de transmissienetbeheerder te verminderen waaraan zij zich blootstellen bij een verschil tussen het volume van de beoogde productie en dat van de daadwerkelijke productie, aangezien die beheerder hun de verplichting oplegt om *a priori*, kwartier per kwartier, het beoogde volume mee te delen. Een nieuwkomer wordt des te meer gestraft daar de productie, tijdens de testperiode, aan bepaalde toevalligheden onderhevig is en daar hij, wanneer hij, zoals te dezen, maar één productie-eenheid heeft, het gebrek aan de meegedeelde productie niet kan compenseren door een beroep te doen op een andere productie-eenheid. De tussenkomen partij vervult de voorwaarden waarin in de bestreden bepaling is voorzien om aanspraak te maken op het voordeel ervan, aangezien zij geen elektriciteit heeft geproduceerd in 2010 en een nieuwe productie-eenheid heeft opgestart in 2011, met een eerste injectie op 7 mei 2011. Zij heeft de netbeheerder verzocht om het voordeel van de voormelde bepaling toegekend te krijgen.

A.2.2.2. De dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRAX WEST, tussenkomen partijen, wijzen erop dat zij distributienetbeheerders voor gas of elektriciteit zijn die aan een stelsel van gereguleerde distributietarieven zijn onderworpen, dat thans is geregeld bij artikel 12*bis* van de Elektriciteitswet en bij artikel 15/5*ter* van de Gaswet.

Zij menen dat zij doen blijken van het vereiste belang om net zoals de CREG de vernietiging te vorderen van bepalingen met betrekking tot de distributietarieven, aangezien die het grootste deel van hun inkomsten vertegenwoordigen, wanneer die bepalingen in strijd zijn met die welke door de CREG zijn aangevoerd. Tarifaire rechtszekerheid is immers essentieel en het is beter om nu reeds zelfs voor de tussenkomen partijen gunstige bepalingen te vernietigen dan ze na meerdere jaren van toepassing af te keuren.

Zij menen eveneens te doen blijken van een voldoende belang om sommige bepalingen te verdedigen die door de CREG worden bestreden en die de tariefprocedure regelen die zij dient te volgen, zowel om de methode vast te stellen die de distributienetbeheerders moeten toepassen om de tarieven te berekenen als om die tarieven vervolgens goed te keuren. Het optreden van de CREG kan afbreuk doen aan de waarborgen die bestaan in de inachtneming van die procedures.

Ten aanzien van de bevoegdheid van het Hof

A.3.1. De CREG voert aan dat het Hof bevoegd is om kennis te nemen van het beroep omdat de schending van het Europese reguleringskader door de federale wetgever noodzakelijkerwijs de schending van de bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet gewaarborgde beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie met zich meebrengt, aangezien de nationale bepalingen de rechten en vrijheden die zonder discriminatie bij de Europese bepalingen zijn toegekend, niet waarborgen voor de personen op wie ze worden toegepast, terwijl op de andere rechtssubjecten in beginsel rechtsregels worden toegepast die in overeenstemming zijn met het Europese recht.

A.3.2. De Ministerraad voert verschillende malen aan dat onderdelen of subonderdelen van de middelen onontvankelijk zijn of niet tot de bevoegdheid van het Hof behoren in zoverre zij niet ertoe strekken enige discriminatie aan te tonen, aangezien elke bewijsvoering in die zin over het hoofd wordt gezien, en zij niet nuttig in verband staan met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Ten gronde

Eerste middel (statuut en bevoegdheden van de CREG)

A.4. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 1, 11 en 14, van de richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, 11 en 14, van de richtlijn 2009/73/EG, en met artikel 16 van de Grondwet *juncto* artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van

de mens (eerste onderdeel) en met de artikelen 9, 10, 11, 15, lid 2, 35, leden 4 en 5, 36, onder g), en 37, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 9, 10, 11, 36, 39, leden 4 en 5, 40, onder g), 41, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook met de artikelen 15, lid 2, 16, lid 6, tweede alinea, en 17, lid 4, van de verordening (EG) nr. 715/2009, met de artikelen 1, lid 10, 2, leden 6 en 13, 5, leden 2 en 4, 6, lid 1, en volgende van bijlage I bij die verordening, en met artikel 16, lid 2, van de richtlijn 2009/28/EG (tweede onderdeel).

Eerste onderdeel

A.5. De CREG voert aan dat de wetgever, door de bepalingen van hoofdstuk VIII van de richtlijn 2009/73/EG niet correct om te zetten, discriminaties doet ontstaan tussen de CREG en de andere nationale regulerende instanties waarvan de onafhankelijkheid en de bevoegdheden overeenkomstig het Europese recht zijn vastgesteld, tussen actoren op de energiemarkt naargelang zij in België of in andere lidstaten zijn gevestigd en tussen actoren in de Belgische economie naargelang zij actief zijn in de gas- en elektriciteitssector of in andere sectoren, zoals die van de telecommunicatie, waarvoor de rechten en waarborgen die uit het Europese recht voortvloeien, wel correct zijn omgezet.

A.6. De CREG wijst erop dat de onafhankelijkheid, ten aanzien van elke publieke of particuliere entiteit, van de nationale regulerende instantie, vervat in artikel 35, leden 4 en 5, van de richtlijn 2009/72/EG en in artikel 39, leden 4 en 5, van de richtlijn 2009/73/EG - waarvan de bepalingen niet exhaustief zijn -, een duidelijke keuze van de Europese wetgever is en zowel door het Grondwettelijk Hof (arrest nr. 130/2010) als door het Hof van Justitie van de Europese Unie (arrest van 9 maart 2010, C-518/07, punt 30, *mutatis mutandis*) is bevestigd.

Eerste subonderdeel

A.7.1. Volgens de CREG schendt artikel 38, 1°, van de bestreden wet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het artikel 24, § 1, van de Elektriciteitswet wijzigt om een algemene raad op te richten binnen de CREG die deel ervan uitmaakt en die bestaat uit vertegenwoordigers van de federale Regering en van diverse representatieve organisaties, zoals werknemers-, werkgevers-, middenstands- en verbruikersorganisaties, die volgens de Raad van State niet dezelfde onafhankelijkheid hebben als die welke is vereist van de leden van het directiecomité van de CREG, terwijl de algemene raad krachtens artikel 24, § 3, tweede lid, 1°, van de Elektriciteitswet de richtsnoeren voor de uitvoering van de wet kan bepalen. Aldus wordt afbreuk gedaan aan de onafhankelijkheid van het directiecomité van de CREG.

A.7.2. De Ministerraad is van mening dat de grief op een verkeerde lezing van artikel 38 van de bestreden wet berust, dat duidelijk een onderscheid maakt tussen de algemene raad en het directiecomité waarvan het bovendien, onder de substructuren van de CREG, de onafhankelijkheid waarborgt. Niets verbiedt het directiecomité om gebruik te maken van aanvullende externe adviezen en in de interpretatieve nota van de Europese Commissie wordt vermeld dat niets eraan in de weg staat dat de lidstaten binnen de regulator in verschillende substructuren met zelfs een beslissingsbevoegdheid voorzien, voor zover de onafhankelijkheid ervan wordt gewaarborgd. Zulks is het geval in verschillende lidstaten. De Belgische wetgever heeft de onafhankelijkheid van het directiecomité verzekerd, dat ertoe is gemachtigd de begroting vast te stellen van de algemene raad die geen instructies kan geven en wiens rol werd beperkt tot enkel een rol van niet-bindend advies; hij beschikt dus niet over een beslissingsbevoegdheid, zodat de onafhankelijkheid van zijn leden niet moest worden gewaarborgd.

De Ministerraad wijst eveneens erop dat wordt overwogen om de wet te wijzigen teneinde een volledig onderscheiden adviesorgaan op te richten.

A.7.3. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat de in de richtlijnen bedoelde criteria van onafhankelijkheid van de regulerende instantie in acht moeten worden genomen voor de substructuren ervan, ongeacht de bevoegdheden ervan; die instantie bestaat niet enkel uit het directiecomité en de geschillenkamer, zoals artikel 35, lid 4, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG aangeeft. De door andere lidstaten opgerichte instanties die diverse bevoegdheden inzake regulering van de sector of van de mededinging verenigen, zijn noch instanties waarbinnen de wetgever een adviesorgaan zou hebben opgericht dat bestaat uit vertegenwoordigers van de sector noch instanties die niet onafhankelijk zouden zijn ten aanzien van de overheids- of privésector; in

elk geval verantwoordt de omstandigheid dat een lidstaat zich niet naar een richtlijn gedraagt, niet dat een andere Staat zich evenmin ernaar gedraagt. De begroting van de algemene raad maakt deel uit van de begroting van de CREG, hetgeen bevestigt dat er geen structurele onafhankelijkheid van de ene ten opzichte van de andere is. Ten slotte onttrekt een ontwerp van corrigerende wet het middel niet zijn grondslag.

A.7.4. In zijn memorie van wederantwoord doet de Ministerraad gelden dat de algemene raad een plaats van dialoog en reflectie is die geen invloed kan hebben op de nationale regulerende instantie : ook al maakt hij deel ervan uit, toch vervult hij geen enkele regulerende taak en beschikt hij over geen enkele bindende beslissingsbevoegdheid.

Tweede subonderdeel

A.8.1. Volgens de CREG schenden artikel 38, 1°, en artikel 43 van de bestreden wet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij de artikelen 24 en 29 van de Elektriciteitswet wijzigen en een geschillenkamer oprichten bij de CREG die geen wezenlijk deel ervan uitmaakt en die niet dezelfde waarborgen inzake onafhankelijkheid en deskundigheid biedt als de leden van die laatste of van haar personeel.

A.8.2. Zij wijst erop dat de geschillenkamer, die tegelijk als een orgaan van de CREG is opgericht, volgens artikel 29 van de Elektriciteitswet, zowel wat de samenstelling als wat de werking ervan betreft, wordt geconcipieerd als een orgaan zonder enige band met de nationale regulerende instantie en haar activiteiten : haar leden mogen geen deel uitmaken van de CREG (waarbij de voorzitter een magistraat van de rechterlijke orde is) en zij beschikt over autonome bevoegdheden die verschillen van die van het directiecomité, terwijl artikel 37, lid 11, van de richtlijn 2009/72/EG een bevoegdheid inzake geschillenbeslechting heeft willen verlenen aan de nationale regulerende instantie zelf en niet aan een aparte en onafhankelijke beroepsinstantie, zoals de Raad van State heeft opgemerkt. De in de parlementaire voorbereiding vermelde bekommernis om onpartijdigheid is niet gegrond aangezien de geschillen die onder de bevoegdheid van die kamer ressorteren, geen betrekking hebben op de beslissingen van de regulerende instantie maar op de geschillen tussen de netbeheerders en de netgebruikers, ten aanzien van wie de onpartijdigheid van de (personeels)leden van de CREG niet wordt gewaarborgd. Artikel 29, § 1, eerste lid, voorziet bovendien in een uitzondering volgens welke de geschillen van contractuele aard geen deel uitmaken van de bevoegdheid van de geschillenkamer behoren, terwijl artikel 37, lid 11, van de richtlijn 2009/72/EG die uitzondering niet toestaat. Ten slotte legt de wet aan de leden van die kamer verplichtingen inzake onafhankelijkheid op die niet dezelfde zijn als die waarin voor het personeel van de regulerende instantie is voorzien.

A.8.3. Dezelfde kritiek wordt geleverd op artikel 91 van de bestreden wet, dat artikel 15/18 van de Gaswet vervangt en dat, *mutatis mutandis*, dezelfde afbreuk doet aan de bij artikel 41, lid 11, *juncto* artikel 39, leden 4 en 5, van de richtlijn 2009/73/EG gewaarborgde rechten.

A.8.4. De Ministerraad verwijst naar zijn argumentering, weergegeven in A.7.2, om aan te voeren dat de geschillenkamer, zoals in andere lidstaten van de Europese Unie, een substructuur van de CREG kan vormen, voor zover de bij de richtlijn vastgestelde criteria van onafhankelijkheid in acht worden genomen. De bij de richtlijn opgelegde vereisten inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden in acht genomen door de bestreden wet die net vermijdt dat het directiecomité van de CREG zowel rechter als partij kan zijn bij het nemen van beslissingen ten aanzien van de sector : die geschillen, inzake tarieven of toegang, hebben betrekking op netbeheerders, en het directiecomité kon ertoe zijn gebracht eerder een advies uit te brengen dat het zou verhinderen te beantwoorden aan de criteria van onpartijdigheid indien het de genoemde geschillen zou moeten beslechten. Dat geldt des te meer daar de geschillenkamer administratieve geldboeten kan opleggen die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met strafrechtelijke sancties worden gelijkgesteld. Die elementen lijken door de Raad van State niet te zijn opgemerkt.

Bovendien is het vaststellen van verschillende onafhankelijkheidscriteria voor het directiecomité en voor de geschillenkamer in overeenstemming met artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG, dat de voorwaarden vastlegt inzake onafhankelijkheid van de regulator, waartoe de geschillenkamer behoort.

Ten slotte, indien de bestreden wet de geschillen met betrekking tot contractuele rechten uitsluit van de bevoegdheid van de geschillenkamer, is dat omdat dergelijke geschillen krachtens artikel 144 van de Grondwet bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren.

Om dezelfde redenen zijn de soortgelijke verwijten tegen de bepalingen van de Gaswet niet gegrond.

A.8.5. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat de geschillen in kwestie de geschillen zijn met betrekking tot de naleving van de verplichtingen die bij de richtlijnen en zelfs bij de wet en de reglementen aan de netbeheerders zijn opgelegd. Zelfs indien de CREG vroeger reeds op de hoogte is geweest van een problematiek, zal zij in alle gevallen de wetgeving moeten toepassen. Het is vervolgens uitgesloten dat de leden van het directiecomité zich in een positie van rechter en partij kunnen bevinden, aangezien artikel 37, lid 11, van de richtlijn 2009/72/EG alleen betrekking heeft op de geschillen tussen de netgebruikers en de netbeheerder en aangezien de CREG geen partij in het geschil is; artikel 37, lid 17, van die richtlijn voorziet bovendien in het bestaan van een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen wanneer door de nationale regulerende instantie genomen beslissingen worden aangevochten. Het bestaan, in andere lidstaten, van bepalingen die soortgelijk zijn aan die welke worden bestreden, vormt geen verantwoording; de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens staat bovendien niet eraan in de weg dat een geschil vooraf wordt voorgelegd aan een orgaan dat niet aan alle vereisten van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens beantwoordt, wanneer dwingende vereisten van soepelheid en doeltreffendheid zulks verantwoorden. Ten slotte vormt artikel 144 van de Grondwet geen argument om aan de CREG een bevoegdheid inzake geschillenbeslechting, zelfs met betrekking tot contractuele rechten en verbintenissen, te ontfangen aangezien die grondwetsbepaling de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken afbakt ten aanzien van die van de administratieve rechtscolleges; de CREG is evenwel een administratieve overheid en geen administratief rechtcollege.

A.8.6. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de argumenten die door de verzoekende partij in haar memorie naar voren zijn gebracht, ertoe leiden te beslissen dat de geschillenkamer niet het voorwerp van een substructuur bij de CREG kon uitmaken. Het is nochtans de nationale regulerende instantie die kennis moet nemen van de geschillen waarbij de netgebruikers en de beheerders tegenover elkaar staan. De omstandigheid dat tegen de beslissingen van de CREG beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel, is bovendien niet van dien aard dat zij de wetgever, die gebruik maakt van de beoordelingsbevoegdheid die de zijne is, verhindert om vanaf de eerste aanleg erin te voorzien dat de geschillenkamer, die ertoe is gemachtigd administratieve geldboeten uit te spreken, die een onafhankelijke administratieve overheid vormt, die een strafbevoegdheid uitoefent en die binnen de werkingssfeer van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens valt, wordt opgericht op een wijze die in overeenstemming is met wat die bepaling vereist.

Derde subonderdeel

A.9.1. Volgens de CREG schendt artikel 38, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 24, § 2bis, van de Elektricitwet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het het mogelijk maakt tuchtervolgving in te stellen tegen de leden van het directiecomité van de CREG in geval van schending van elke wettelijke of reglementaire bepaling die krachtens de Elektricitwet- en de Gaswet op hen van toepassing zijn. Volgens artikel 35, lid 5, tweede alinea, van de richtlijn 2009/72/EG dient het, rekening houdend met de verschillende taalversies van die bepaling, evenwel om bijzonder zware inbreuken te gaan, zoals de Raad van State heeft opgemerkt. De te ruime definitie van de bestreden wet opent de weg voor het uitoefenen van druk op en het intimideren van de leden van het directiecomité en druist aldus in tegen hun onafhankelijkheid.

A.9.2. De Ministerraad voert aan dat de richtlijn, door het mogelijk te maken dat de leden van het bestuur van hun ambt kunnen worden ontheven indien zij « volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag », aan de lidstaten de zorg overlaat te bepalen welk wangedrag in aanmerking moet worden genomen, met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel. Artikel 38, 5°, van de bestreden wet past in de strikte naleving van de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid van de overheid in het Belgische recht, zoals zij blijken uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie, zodat het begrip « wangedrag » niet onbeperkt is. Het zou discriminerend zijn dat de CREG niet aan de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid wordt onderworpen terwijl zij een onafhankelijke administratieve overheid vormt en terwijl andere staatsoverheden wel daaraan worden onderworpen.

A.9.3. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat de Ministerraad de regels met betrekking tot de burgerlijke aansprakelijkheid en die met betrekking tot de tuchtervolgving met elkaar verwart. Toestaan dat tuchtervolgving kan worden ingesteld tegen een lid van het directiecomité van de CREG wanneer het een wetbepaling overtreedt en wanneer de Staat door zijn wangedrag burgerrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, zou de weg openen voor de mogelijkheid om druk op de betrokkenen uit te oefenen, hetgeen in strijd zou zijn met de richtlijn. Volgens die richtlijn is de beperking van de gevallen die tot het ontslag van de leden van het directiecomité kunnen leiden, echter essentieel om de onafhankelijkheid van het comité te verzekeren.

Bovendien kan niet worden aangenomen dat de tuchtraad burgerrechtelijke en strafrechtelijke sancties kan opleggen die veel verder zouden gaan dan wat in het bestuursrecht wordt toegestaan.

A.9.4. In zijn memorie van wederantwoord repliceert de Ministerraad dat de regels met betrekking tot de burgerlijke aansprakelijkheid en die met betrekking tot de tuchtvordering *in casu* wel degelijk met elkaar verband houden, aangezien de nationale regulerende instantie aansprakelijk wordt gesteld door het wangedrag dat door een van haar organen is begaan en aangezien artikel 35, lid 5, van de richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat de personen die erin worden beoogd, van hun ambt kunnen worden ontheven wanneer zij volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag. De hypothese van druk kan niet ernstig worden overwogen, aangezien de tuchtprocedure door een onafhankelijk en onpartijdig orgaan wordt uitgeoefend en inhoudt dat wangedrag of een tekortkoming, bedoeld in artikel 38, 5°, van de bestreden wet, wordt vastgesteld.

A.10.1. Volgens de CREG schendt artikel 38, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 24, § 2bis, vierde lid, van de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de tuchtraad de mogelijkheid biedt te beslissen over het verval van de opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen met de leden van het directiecomité.

Het betreft een inmenging in het bij artikel 16 van de Grondwet en bij artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens gewaarborgde eigendomsrecht, waarover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beslist dat de voordelen die analoog zijn aan die welke in het geding zijn, een eigendom in de zin van die bepaling uitmaken. De bestreden bepaling kan echter niet worden geacht een legitiem doel van algemeen belang na te streven en is onevenredig aangezien de sanctie kan worden opgelegd wegens schending van elke wettelijke of reglementaire bepaling die krachtens de « Gas- en de Elektriciteitswet » op de betrokkenen van toepassing is : een wezenlijk deel van hun contract kan hun bijgevolg worden ontzegd terwijl geen enkele beperking wordt gesteld aan de bevoegdheid van de tuchtraad om te besluiten tot ontslag met verval van de verworven rechten.

A.10.2. De Ministerraad voert aan dat de tuchtprocedure aan de vereisten van de artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens moet beantwoorden en dat de ontstentenis van een tuchtraad binnen de CREG een discriminatie zou doen ontstaan tussen de leden van het directiecomité van de CREG en de leden van andere administratieve overheden.

Volgens hem vormen de verbrekingsvergoedingen van de leden van het directiecomité geen verworven recht en zou een dergelijk recht, gesteld dat zulks het geval zou zijn, de ontstentenis van elke inbreuk op de normen voor de uitoefening van het ambt inhouden, zoals voor elke andere hoge ambtenaar. Zo niet zou het erkennen van een dergelijk recht niet legitiem zijn.

A.10.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de sanctie van het verval van de rechten een buitensporige maatregel is die nooit zal kunnen beantwoorden aan de vereiste van evenredigheid indien zij wordt opgelegd voor elke schending van de wettelijke en reglementaire bepalingen die op de leden van het directiecomité van toepassing zijn.

A.10.4. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat er geen sprake is van een buitensporige maatregel, aangezien hij wordt beoordeeld door de tuchtraad, die een onafhankelijk en onpartijdig orgaan is.

Vierde subonderdeel

A.11.1. Volgens de CREG zou artikel 36, 16°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 2bis, in de Elektriciteitswet invoegt, in strijd zijn met de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de CREG ertoe verplicht haar beslissingen te motiveren en het ontwerp ervan aan de betrokken ondernemingen over te zenden opdat zij hun opmerkingen kunnen doen gelden. Dat bedreigt het beslissingsproces van de CREG en is, zoals de Raad van State heeft opgemerkt, in strijd met artikel 35, lid 4, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG dat haar verbiedt instructies van de overheid of van particuliere entiteiten te vragen of te ontvangen. De Europese Commissie heeft zelf aangegeven dat die bepaling enkel voor de belangrijke beslissingen een raadpleging inhoudt.

A.11.2. Dezelfde kritiek wordt geleverd op artikel 87, 10°, van de bestreden wet, dat artikel 15/14, § 4, van de Gaswet wijzigt, rekening houdend met de artikelen 39, lid 4, en 41, lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.11.3. Volgens de Ministerraad vereisen de bestreden bepalingen niet dat de onderneming die wordt verzocht haar opmerkingen aan de CREG mee te delen, zulks doet na inzage van een ontwerpbeslissing : de raadpleging zou bijvoorbeeld op grond van een vragenlijst kunnen plaatsvinden.

Algemener past de verplichting tot raadpleging in een wil om het « bestuur » in de energiesector te verbeteren en dient zij in verband te worden gebracht met een soortgelijk initiatief op het niveau van de instellingen van de Europese Unie, dat in een interinstitutioneel akkoord is geformaliseerd. Zulks vormt geen onevenredige last, aangezien het nemen van passende beslissingen kan worden bevorderd en beroepen kan vermijden zoals die welke hangende zijn voor het Hof van Beroep te Brussel tegen de beslissingen van de CREG en die lijken te zijn ingegeven door de wil om een eerste discussie met haar te hebben.

De motiveringsplicht vloeit tegelijk voort uit de richtlijnen (zoals artikel 37, lid 16, van de richtlijn 2009/72/EG), uit het grondwettelijke beginsel volgens hetwelk ieder recht heeft op een billijk en eerlijk proces en uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, waaraan de CREG niet alleen in haar hoedanigheid van aan een jurisdictionele toetsing onderworpen administratieve overheid maar ook krachtens haar eigen huidige huishoudelijk reglement is onderworpen. De verplichting tot bekendmaking van de beslissingen van de CREG past in het kader van de in artikel 32 van de Grondwet en in artikel 37, lid 16, van de richtlijn 2009/72/EG uitgedrukte verplichting tot transparantie van de administratieve beslissingen. De voorbereidende akten van een beslissing maken het mogelijk te begrijpen waarom zij is genomen - de CREG heeft in haar huishoudelijk reglement zelf erin voorzien ze bekend te maken - en de gelijkheid van de bestuurden te verzekeren.

A.11.4. In haar memorie van antwoord stelt de CREG dat zij de verplichtingen tot motivering en tot transparantie die haar worden opgelegd, geenszins betwist. Zij beperkt haar kritiek tot de verplichting tot voorafgaande raadpleging, waarbij zij tevens erop wijst dat zij in artikel 8 van haar huishoudelijk reglement zelf in een dergelijke raadpleging heeft voorzien door evenwel uitzonderingen te bepalen waarin de bestreden bepaling ten onrechte niet voorziet : de onderzoeksmaatregelen en de sancties zijn moeilijk te verenigen met een verplichting tot voorafgaande raadpleging en de Ministerraad toont niet aan dat die de doeltreffendheid van het optreden van de CREG en haar onafhankelijkheid niet bedreigt.

Eveneens in tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert, is het wel degelijk de ontwerpbeslissing en geen vragenlijst die aan de ondernemingen moet worden bezorgd, aangezien de bestreden bepaling verwijst naar de « opmerkingen » die door die ondernemingen zouden worden geformuleerd.

De CREG is van mening dat de in de Europese regelgeving vervatte beginselen van voorafgaande raadpleging enkel betrekking hebben op het wetgevingsproces op Europees niveau en enkel op de Europese instellingen van toepassing zijn; de door de Ministerraad aangevoerde « beginselen van betere regelgeving » houden geen participatief proces in voor elke beslissing van de regulerende instantie en de in het « derde energiepakket » vastgelegde verplichting tot transparantie houdt enkel een verplichting tot voorafgaande raadpleging in voor de belangrijke beslissingen - namelijk enkel die met algemene draagwijdte - van de instantie. De bestreden bepaling is wel degelijk discriminerend aangezien de andere Belgische administratieve overheden niet aan een dergelijke verplichting tot voorafgaande en stelselmatige raadpleging worden onderworpen.

A.11.5. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat de aan de CREG opgelegde verplichting enkel betrekking heeft op de belangrijke beslissingen met betrekking tot diegenen die moeten worden geraadpleegd en dat niets de wetgever verhindert om een dergelijke maatregel te nemen. De omstandigheid dat de verplichting tot raadpleging met geen enkele uitzondering gepaard zou gaan, verantwoordt niet dat de maatregel wordt afgekeurd. De in artikel 8 van het huishoudelijk reglement van de CREG bedoelde gevallen zijn die met betrekking tot de administratieve sancties en de onderzoeksmaatregelen, die het voorwerp van specifieke bepalingen in de Gaswet en in de Elektriciteitswet uitmaken.

Voor het overige doet de bestreden bepaling noch aan de bevoegdheden, noch aan de onafhankelijkheid van de CREG afbreuk, aangezien die laatste niet is gebonden door de door de ondernemingen geformuleerde opmerkingen.

Vijfde subonderdeel

A.12.1. Volgens de CREG zou artikel 40 van de bestreden wet, dat artikel 26, § 1, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd zijn met de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de CREG ertoe verplicht de verzoeken om informatie die zij tot de ondernemingen richt, te motiveren en haar bijgevolg verhindert om haar taak efficiënt en snel uit te voeren, terwijl artikel 37, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG inhoudt dat het enkel de CREG toekomt te oordelen of de informatie waarom zij verzoekt, noodzakelijk is voor de uitvoering van haar taak (zoals in de interpretatieve nota van de Europese Commissie wordt aangegeven) en terwijl de wet van 29 juli 1991 reeds een verplichting bevat tot motivering van de definitieve beslissingen die rechtsgevolgen beogen te hebben.

A.12.2. Artikel 40, 2°, van de bestreden wet, dat artikel 26, § 1, van de Elektriciteitswet aanvult, zou eveneens in strijd zijn met de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de aanwending, door de CREG, van de informatie die zij vergaart, enkel toestaat voor de verslagen, adviezen en aanbevelingen die in de artikelen 23bis en 23ter van die wet zijn bedoeld : zij is dus niet gemachtigd om ze aan te wenden wanneer zij de taken van toezicht uitvoert (die ertoe strekken de concurrentieverstorende gedragingen en de oneerlijke handelspraktijken te vermijden) waarmee artikel 37, lid 1, onder i) en j), van de richtlijn 2009/72/EG (omgezet in de artikelen 23, § 2, 3°, 3°bis, 5° en 21°, 23bis en 23ter van de Elektriciteitswet) haar bekleedt, noch wanneer zij ten aanzien van de elektriciteitsondernemingen de bindende beslissingen neemt die die taken van toezicht inhouden. Artikel 26, § 1bis, maakt het de Koning weliswaar mogelijk die bepaling uit te breiden tot de bindende beslissingen die in de artikelen 23bis en 23ter kunnen worden bedoeld, maar wat aldus maar een mogelijkheid is, is niet verenigbaar met het beginsel volgens hetwelk de instanties van de CREG van geen enkele overheid instructies mogen aanvaarden.

A.12.3. Dezelfde kritiek wordt geleverd op artikel 89, 2°, van de bestreden wet, dat de artikelen 15/14bis en 15/14ter van de Gaswet wijzigt, rekening houdend met de artikelen 39, lid 4, onder b), punt ii), en 41, lid 1, onder i) en j), en lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.12.4. Volgens de Ministerraad strekt de verplichting tot motivering van de verzoeken om informatie ertoe de actoren van de sector te beschermen tegen onderzoeksmaatregelen met een verkennend karakter en houdt zij verband met de onderzoeksbevoegdheid van de regulator waarin in de bepalingen van de richtlijnen (zoals artikel 37, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG) is voorzien en die volgens de interpretatieve nota van de Europese Commissie de rechten van de verdediging van de betrokken maatschappijen in acht dient te nemen, teneinde te vermijden dat onderzoeksmaatregelen ertoe strekken bewijsmiddelen te verkrijgen die niet bestemd zouden zijn om in een ingestelde of overwogen gerechtelijke procedure te worden aangewend. Soortgelijke regels bestaan met betrekking tot de bewijsverkrijging in grensoverschrijdende gerechtelijke procedures (artikel 1 van de verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 « betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken ») en in het mededingingsrecht (artikel 18 van de verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag).

A.12.5. Volgens de Ministerraad berust het verbod om informatie aan te wenden die is vergaard ingevolge een verzoek dat enkel het opstellen van adviezen, aanbevelingen of verslagen beoogt, op dezelfde bekommernis : zo niet zou het verzoek om informatie veel weg kunnen hebben van een ongepaste wijze van bewijsgaring die in strijd is met de rechten en vrijheden en discriminerend kunnen zijn. Het in de wet geformuleerde verbod gaat gepaard met de mogelijkheid voor de Koning om het mogelijke toepassingsgebied van de aanwending van de informatie en van de verplichting tot motivering van het verzoek om informatie uit te breiden. De bestreden bepalingen bedreigen geenszins de mogelijkheid voor de CREG om haar bevoegdheden uit te oefenen en bindende beslissingen te nemen, aangezien de volheid van bevoegdheid om informatie van de sector te verkrijgen haar wordt gewaarborgd bij de bepalingen die op haar van toepassing zijn, zoals artikel 23 van de wet van 29 april 1999 dat bij artikel 36 van de bestreden wet is gewijzigd.

A.12.6. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de motiveringsplicht, die geen enkele grondslag in de richtlijn vindt, niet kan worden verantwoord op grond van de voormelde verordening (EG) nr. 1206/2001, aangezien die enkel aan de rechtscolleges bevoegdheden verleent, noch op grond van artikel 8 van de voormelde verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 dat betrekking heeft op de door de Europese Commissie toegestuurde verzoeken om informatie met betrekking tot inbreuken op de mededinging, aangezien de bevoegdheden van de CREG geen betrekking hebben op dergelijke inbreuken maar op de goede toepassing van de regelgeving inzake energie.

Zij betwist ook dat het informatiemechanisme het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op een eerlijk proces kan schenden aangezien het personeel van de CREG ertoe is gehouden de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie in acht te nemen en aangezien tegen elke beslissing van de CREG een beroep bij het Hof van Beroep te Brussel kan worden ingesteld. Zij betwist eveneens de toepassing van de voormelde wet van 29 juli 1991 op de informatieverzoeken van de CREG, aangezien die krachtens de Gas- en de Elektriciteitswet niet kunnen worden aangewend voor bindende beslissingen, terwijl de wet van 1999 enkel betrekking heeft op de handelingen die bestemd zijn om rechtsgevolgen te hebben met een eenzijdig karakter en een individuele draagwijdte.

A.12.7. Zij voert bovendien aan dat, aangezien zij bindende beslissingen moet kunnen nemen ten aanzien van de elektriciteitsondernemingen in het kader van, enerzijds, het toezicht op de transparantie en de mededinging op de elektriciteitsmarkt (artikel 23bis van de Elektriciteitswet) en, anderzijds, de beoordeling van het objectief verantwoorde karakter van de verhouding tussen de prijzen en de kosten van de elektriciteitsondernemingen (artikel 23ter van de Elektriciteitswet), de wetgever zijn verplichting tot correcte omzetting van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG niet is nagekomen door de aanwending van de vergaarde informatie enkel tot adviezen, aanbevelingen en verslagen te beperken : die informatie strekt niet ertoe bewijzen te verkrijgen in het kader van het burgerrechtelijk contentieux, handelsgeschillen of geschillen inzake mededinging, en de CREG is ertoe gehouden de vertrouwelijkheid van alle commercieel gevoelige informatie te verzekeren. Bovendien wordt geen enkele motiveringsplicht opgelegd bij andere regelgevingen met betrekking tot het toezicht op de ondernemingen, zoals die met betrekking tot de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen.

A.12.8. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de inachtneming, door de leden van de CREG, van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens en de mogelijkheid om een beroep in te stellen bij het Hof van Beroep te Brussel niet volstaan om de ondernemingen te beschermen tegen de hiervoor vermelde verzoeken om informatie en hun rechten van verdediging te waarborgen. De door de CREG bekritiseerde motiveringsplicht vormt bijgevolg een noodzakelijke maatregel.

De beperking van de aanwending van de aldus vergaarde informatie is des te meer verantwoord daar die informatie aan de mededingingsautoriteiten wordt overgezonden (artikelen 23bis en 23ter van de Elektriciteitswet). Het voorbeeld van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen is in dat opzicht slecht gekozen omdat artikel 35 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten eveneens in een dergelijke beperking voorziet.

Zesde subonderdeel

A.13.1. Volgens de CREG zou artikel 40, 3°, van de bestreden wet, dat artikel 26, § 2, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd zijn met de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de beroepsgeheimhoudingsplicht, die aan de organen en aan het personeel van de CREG is opgelegd, uitbreidt tot de gegevens met een persoonlijk karakter. De verplichting van vertrouwelijkheid had tot dusver betrekking op de commercieel gevoelige gegevens waarvan de CREG kennis neemt en die worden bedoeld in de artikelen 10, lid 8, 30, lid 2, en 37, lid 16, van de richtlijn 2009/72/EG en 10, lid 8, 30, lid 2, en 41, lid 16, van de richtlijn 2009/73/EG. Het voormelde artikel 26, § 2, dat niet correct is omgezet, voorziet voortaan in strafsancities die de bekendmaking van niet alleen vertrouwelijke gegevens maar ook van gegevens met een persoonlijk karakter bestraffen, terwijl de richtlijnen betrekking hebben op de commercieel gevoelige vertrouwelijke gegevens en terwijl niet alle gegevens met een persoonlijk karakter noodzakelijkerwijs commercieel gevoelig zijn. Die uitbreiding, die des te minder verantwoord is daar andere wetsbepalingen de gegevens met een persoonlijk karakter beschermen, vormt een onjuiste omzetting van artikel 37, leden 4 en 14, van de richtlijn 2009/72/EG en van artikel 41, leden 4 en 17, van de richtlijn 2009/73/EG die respectievelijk de Staten ermee belasten ervoor te zorgen dat passende bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen worden genomen wanneer die in de richtlijn bedoelde vertrouwelijkheidsregels niet in acht worden genomen en de instantie, namelijk de CREG, belasten met taken die de bestreden bepalingen haar zullen verhinderen efficiënt en snel uit te voeren.

A.13.2. Volgens de Ministerraad past de door de verzoekende partij bekritiseerde verplichting in die welke bij de verordening (EG) nr. 45/2001 van 18 december 2000 aan het (Europese) Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (hierna : ACER) is opgelegd en in het ruimere kader van zowel het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (krachtens hetwelk het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beslist dat er een beginsel van bescherming van het privéleven van de ondernemingen bestaat) als het recht

van de Europese Unie dat in het recht op bescherming van gegevens met een persoonlijk karakter voorziet. De richtlijn 2009/72/EG voorziet eveneens in een bescherming van de ondernemingen overeenkomstig het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en het recht van de Europese Unie (overweging 68 van de richtlijn 2009/72/EG). Door niet in een dergelijke bescherming te voorzien, zou de Belgische wet in strijd zijn met de voormelde internationale normen, zoals het Hof in zijn arrest nr. 118/2007 heeft aangegeven. In het huishoudelijk reglement zelf van de CREG wordt de verplichting van vertrouwelijkheid vastgelegd. Uit alles wat voorafgaat, vloeit voort dat de definitie van het fundamentele recht op bescherming van het privéleven erg ruim is en zich noch tot de privésfeer van de persoon, noch tot een soort van bijzondere informatie beperkt, maar zich uitstrekt tot de zakengeheimen en de persoonlijke gegevens. De voormelde richtlijn heeft die draagwijdte aangezien zij past in het kader van de naleving van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

A.13.3. De Ministerraad voert aan dat het middel ontvankelijk is met betrekking tot de Gaswet, aangezien daarin niet wordt vermeld welke bepalingen van de bestreden wet in strijd zouden zijn met de bepalingen van de richtlijnen waaraan die wet uitvoering geeft.

Indien het Hof zou oordelen dat het middel toch ontvankelijk is, zou moeten worden vastgesteld dat het middel, met betrekking tot de artikelen 70, 71, 72, 73, 85, 87 en 96 van de bestreden wet, die de Gaswet wijzigen, niet gegrond is, om dezelfde redenen als die welke in A.13.2 zijn vermeld.

A.13.4. In haar memorie van antwoord onderstreept de CREG dat haar huishoudelijk reglement in strikte verplichtingen van vertrouwelijkheid voorziet. De bestreden wet heeft evenwel betrekking op de gegevens met een persoonlijk karakter, zelfs wanneer het gaat om gegevens die niet vertrouwelijk zijn, terwijl het twee verschillende zaken betreft : de bescherming van de gegevens met een persoonlijk karakter beschermt alleen de natuurlijke personen. In de energiesector zal het echter bijna uitsluitend om informatie gaan die door rechtspersonen is overgezonden. Bovendien heeft het begrip « gegevens met een persoonlijk karakter », in tegenstelling tot het begrip « commercieel gevoelige informatie », eveneens, zo niet hoofdzakelijk betrekking op gegevens die niet vertrouwelijk zijn en onder de gegevens met een persoonlijk karakter zal er zeker commercieel gevoelige informatie zijn en omgekeerd. De erg ruime definitie van het begrip « gegevens met een persoonlijk karakter » waartoe de beroepsgeheimhoudingsplicht zich uitstrekt, kan een belemmering vormen voor de uitvoering van de taken van de CREG, terwijl de aanwending van elk gegeven met een persoonlijk karakter overigens niet noodzakelijkerwijs van dien aard is dat zij afbreuk doet aan het privéleven van de betrokkene.

In tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert, is het ACER tot geen enkele verplichting van vertrouwelijkheid met betrekking tot gegevens met een persoonlijk karakter gehouden. Het ACER is onderworpen aan de verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 « betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens », die een bescherming biedt die vrijwel identiek is aan die welke wordt geboden door de Belgische wet van 8 december 1992 « tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens » waaraan de CREG is onderworpen, zodat de verplichtingen waartoe beide zijn gehouden, vrijwel identiek zijn. De ondernemingen uit de andere sectoren die het voorwerp van reguleringsnormen uitmaken, zijn enkel gehouden tot de naleving van het beroepsgeheim voor de commercieel gevoelige informatie.

A.13.5. In tegenstelling tot de Ministerraad is de CREG van mening dat het middel eveneens ontvankelijk is met betrekking tot de bepalingen van de Gaswet : aangezien artikel 15/16, § 2, ervan verwijst naar artikel 26, § 2, van de Elektriciteitswet, gewijzigd bij artikel 40, 3°, van de bestreden wet, dient de vernietiging van die bepaling te worden uitgebreid tot het voormelde artikel 15/16. Het gaat in elk geval om een bepaling die onlosmakelijk verbonden is met de bestreden bepaling, hetgeen de vernietiging ervan verantwoordt.

A.13.6. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partij voorbijgaat aan de regels met betrekking tot het zakengeheim en aan het arrest nr. 118/2007. Er moet dus geen onderscheid worden gemaakt tussen de zogenaamde « commercieel gevoelige » informatie die *in fine* tot het privéleven van de ondernemingen behoort en alle andere gegevens met een persoonlijk karakter waarvan de verwerking bij de voormelde wet van 8 december 1992 wordt beschermd. De verzoekende partij gaat eveneens voorbij aan overweging 68 van de richtlijn 2009/72/EG waarin wordt aangegeven dat de richtlijnen van het « derde energiepakket » onder meer passen in het kader van de naleving van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De naleving van de bij het Europese recht opgelegde regels houdt niet de door de verzoekende partij aangeklaagde logheid in en de vrijstelling van de naleving van de verplichting die zij bekritiseert, zou discriminerend zijn ten aanzien van de ondernemingen uit diverse gereguleerde sectoren

waarvoor die informatie wordt beschermd, zoals de post- en telecommunicatiesector (artikel 23, § 1, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector).

Zevende subonderdeel

A.14.1. Volgens de CREG schendt artikel 53, 2°, van de bestreden wet, dat artikel 31, eerste lid, van de Elektriciteitswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het artikel 37, lid 4, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG niet correct omzet. Dat artikel bepaalt dat de Staten ervoor zorgen dat aan de regulerende instantie de bevoegdheid wordt verleend om aan de exploitanten die daarin worden beoogd, sancties op te leggen tot maximaal 10 pct. van de jaaromzet wegens niet-naleving van hun verplichtingen. Door het maximumbedrag van de sanctie die de CREG kan opleggen, te beperken tot 3 pct. van die omzet, is de bestreden wet niet in overeenstemming met de richtlijn, zoals de Raad van State heeft aangegeven.

A.14.2. Artikel 53, 1°, van de bestreden wet, dat artikel 31 van de Elektriciteitswet wijzigt, vormt eveneens een onjuiste omzetting van artikel 37, lid 4, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre het de bevoegdheid van de CREG om sancties op te leggen wegens de schending van de wettelijke en reglementaire bepalingen waarvan zij de naleving verzekert, beperkt en in niets dergelijks voorziet voor de schending van de door de CREG genomen juridisch bindende besluiten, terwijl artikel 37, lid 4, onder d), erin voorziet dat zij over een dergelijke bevoegdheid moet beschikken.

A.14.3. Dezelfde kritiek wordt geleverd op artikel 103, 1° en 2°, van de bestreden wet, dat artikel 20/2 van de Gaswet wijzigt, rekening houdend met artikel 41, lid 4, onder d), van de richtlijn 2009/73/EG.

A.14.4. Met betrekking tot het maximumbedrag van de geldboete die de CREG kan opleggen, voert de Ministerraad in hoofdorde aan dat het middel niet ontvankelijk is, aangezien het plafond van 3 pct. dat daarin wordt bekritiseerd, reeds in de wet van 29 april 1999 in de oorspronkelijke redactie ervan was opgenomen, zodat het beroep te laat is ingediend. Het Hof is bovendien niet bevoegd om een tekortkoming vast te stellen zoals de Europese Commissie en het Hof van Justitie van de Europese Unie dat doen.

A.14.5. In ondergeschikte orde voert de Ministerraad aan dat de Franse versie en de Nederlandse versie van de richtlijnen (zoals artikel 37, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG) niet volledig met elkaar overeenstemmen en stelt hij vast dat uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever daarvan niet dezelfde lezing als de verzoekende partijen heeft gemaakt. De vraag betreft de omvang van de subsidiariteitsbevoegdheid van de lidstaat: kan hij al dan niet voorzien in een maximale sanctiedrempel die lager ligt dan het bij de richtlijn vastgestelde maximum van 10 pct. of dient hij een maximumdrempel van 10 pct. vast te stellen? In zoverre de eerste mogelijkheid in overeenstemming is met de richtlijn, faalt het middel naar recht.

Indien twijfel zou blijven bestaan, zou een prejudiciële vraag kunnen worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

A.14.6. Met betrekking tot de mogelijkheid voor de verzoekende partij om geldboeten op te leggen in geval van niet-naleving van haar beslissingen of van die van het ACER, is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partij een strikte lezing maakt van de memorie van toelichting en van artikel 53, 1°, van de bestreden wet: de controlebevoegdheid van de CREG werd bij die bepaling uitgebreid en houdt in dat het gevolg ervan - het recht te bestraffen - in dezelfde verhouding effectief wordt gemaakt, ook ten aanzien van de juridisch bindende besluiten van de CREG en van het ACER.

Voor het overige doet de verzoekende partij niet blijken van het bestaan van een discriminatie in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

A.14.7. In haar memorie van antwoord voert de CREG met betrekking tot de ontvankelijkheid van de grief betreffende de maximumdrempel van de geldboete aan dat de limiet van 3 pct. van de omzet onlosmakelijk verbonden is met het eerste onderdeel van het alternatief, namelijk het maximum van 2 miljoen euro, dat bij de bestreden wet is gewijzigd, zodat de nieuwe bepaling in haar geheel moet worden beoordeeld.

A.14.8. Met betrekking tot de maximumdrempel zelf is de CREG van mening dat de verschillende taalversies van de Gas- en de Elektriciteitsrichtlijn bevestigen dat aan de regulerende instanties « ten minste » de bevoegdheid moet worden verleend om sancties op te leggen van maximaal 10 pct. van de omzet. Er is geen sprake van enige interpretatiemoeilijkheid die kan verantwoorden dat een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt gesteld.

A.14.9. De CREG neemt akte van het feit dat artikel 53, 1°, haar volgens de Ministerraad de mogelijkheid biedt om ook sancties op te leggen in geval van niet-naleving van haar juridisch bindende besluiten en van die van het ACER. Zij is evenwel van mening dat in de wet geenszins wordt verwezen naar dergelijke besluiten maar enkel naar de verplichtingen die uit de wet en uit de uitvoeringsbesluiten ervan voortvloeien, alsook uit de andere van toepassing zijnde bepalingen, hetgeen dus niet de beslissingen van de CREG en van het ACER omvat. Die beperking is problematisch in alle gevallen waarin de CREG over een beoordelingsbevoegdheid beschikt en waarin haar beslissing zich niet tot een loutere uitvoering van de van toepassing zijnde regelgeving beperkt.

A.14.10. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad met betrekking tot het maximumpercentage aan dat de doorgevoerde wijziging enkel het gevolg van de overgang naar de euro is en geen enkele wil inhoudt om de bevoegdheden van de CREG te beperken.

In ondergeschikte orde stelt hij voor om de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen :

« Maken artikel 37, lid 4, onder d), van de 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 (Elektriciteitsrichtlijn) en artikel 41, lid 4, onder d), van de 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 (Gasrichtlijn), in samenhang gelezen met artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie waarbij het subsidiariteitsbeginsel is vastgelegd, het een lidstaat mogelijk om, wanneer hij aan de nationale regulerende instantie de ‘ bevoegdheid [verleent] om aan de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf, naargelang het geval, sancties van maximaal 10 % van de jaaromzet van de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf op te leggen of voor te stellen deze op te leggen, wegens niet-naleving van hun respectieve verplichtingen uit hoofde van [die] richtlijn ’, als sanctie een maximumpercentage van de omzet vast te stellen dat lager is dan het in de richtlijn bedoelde maximum van 10 pct. ? ».

De mogelijkheid voor de CREG om geldboeten op te leggen in geval van niet-naleving van haar beslissingen of van die van het ACER is niet beperkt tot het loutere geval van een uitvoeringsbesluit, aangezien de bewoordingen van artikel 32, § 2, tweede lid, 8°, van de Elektriciteitswet veel ruimer zijn.

Tweede onderdeel

A.15. Het tweede onderdeel van het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 9, 10, 11, 15, lid 2, 36, onder g), en 37, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 9, 10, 11, 36, 40, onder g), en 41, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook met de artikelen 15, lid 2, 16, lid 6, tweede alinea, en 17, lid 4, van de verordening (EG) nr. 715/2009, met de artikelen 1, lid 10, 2, lid 6, 2, lid 13, 5, leden 2 en 4, en 6, lid 1 en volgende leden, van bijlage I bij die verordening, en met artikel 16 van de richtlijn 2009/28/EG.

Eerste subonderdeel

A.16.1. Volgens de CREG schendt de bestreden wet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn 2009/72/EG met betrekking tot de certificering van de transmissienetbeheerders (hierna : TNB's), die onder de bevoegdheid van de CREG valt, niet correct omzet. Artikel 9 vereist een onafhankelijkheid van die beheerders ten aanzien van de activiteiten van productie en levering van elektriciteit of van aardgas maar heeft een ruimere draagwijdte dan die van de wet; die wet bepaalt echter niet dat de verplichtingen met betrekking tot de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie en met betrekking tot het personeel van de beheerder, waarin in de richtlijn is voorzien, eisen zijn waarvan de certificering van die beheerder afhankelijk wordt gesteld. De artikelen 10 en 11 van de richtlijn zijn

evenmin correct omgezet in zoverre de wet de verplichtingen tot kennisgeving inperkt en in een mechanisme van automatisch verval van de certificeringsprocedure voorziet zonder tussenkomst van de CREG in verband met de nieuwe evaluatie van de certificering en van de certificering van derde landen, en in zoverre zij voorziet in een beding waardoor een vóór de bekendmaking van de wet aangewezen beheerder kan worden geacht te zijn gecertificeerd.

A.16.2. Soortgelijke kritiek wordt geleverd op de wet met betrekking tot de gasmarkt, rekening houdend met de artikelen 9, lid 1, onder c) en d), en 5, en met de artikelen 10 en 11 van de richtlijn 2009/73/EG : de eerste drie artikelen zijn te eng omgezet, terwijl de in de laatste twee artikelen bedoelde certificeringsprocedure niet van toepassing is op de beheerder die op grond van zijn aanwijzing van vóór de inwerkingtreding van de bestreden wet wordt geacht te zijn gecertificeerd.

A.16.3. De Ministerraad wenst, om reden van de duidelijkheid, terzelfder tijd te antwoorden op het tweede onderdeel van het derde middel.

A.16.4. Hij voert aan dat de verzoekende partij zich vergist in de inzake certificering van toepassing zijnde bepalingen. De wetgever heeft *pro forma* TNB's gecertificeerd die vóór de inwerkingtreding van het « derde energiepakket » reeds definitief waren aangewezen met inachtneming van de voorwaarden inzake de ontvlechting van de eigendomsstructuren, waarbij aldus het evenwicht in acht is genomen tussen de bevoegdheden van de CREG (die zelfs tegen een reeds aangewezen TNB een certificeringsprocedure kan opstarten) en de « verworven rechten » van de TNB's over hun concessie.

A.16.5. Volgens de Ministerraad is het eerste subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel onontvankelijk of niet gegrond, in zoverre de verzoekende partij nalaat naar een bepaling van de bestreden wet te verwijzen. Zij doet zulks daarentegen in het tweede onderdeel van het derde middel, waarnaar wordt verwezen (in A.44.3, A.45.3, A.45.4 en A.46.4 wordt de door de Ministerraad verdedigde argumentatie met betrekking tot het eerste subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel voorgesteld).

A.16.6. In haar memorie van antwoord betwist de CREG de door de Ministerraad aangeklaagde onontvankelijkheid van het middel door te doen gelden dat in het dispositief van het verzoekschrift, in verband met het eerste middel, de bepalingen worden vermeld die erin worden bestreden door te preciseren dat zij afbreuk doen aan de bevoegdheden van de CREG inzake certificering van de netbeheerder en dat in de uiteenzetting in het verzoekschrift uitdrukkelijk wordt verwezen naar de nummers ervan met betrekking tot de ontvlechting van de transmissienetten en van de transmissienetbeheerders en met betrekking tot de certificeringsprocedure. Bovendien heeft de Ministerraad zich niet vergist in de bestreden bepalingen aangezien hij in het kader van dit middel antwoordt op de argumenten die door de verzoekende partij worden aangevoerd in het kader van het tweede onderdeel van het derde middel.

Tweede subonderdeel

A.17.1. Volgens de CREG schendt artikel 36, 8°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, van de Elektriciteitswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het erin voorziet dat de CREG de toepassing van het technisch reglement controleert en de in dat reglement beoogde documenten goedkeurt.

Bij artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG en bij artikel 41, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/73/EG worden aan de nationale regulerende instanties immers exclusieve bevoegdheden inzake grensoverschrijdende infrastructuur verleend, met name wat betreft de procedures voor congestiebeheer van de netten, en worden die instanties met het toezicht op dat beheer belast. Bij de verordening (EG) nr. 714/2009 worden hun belangrijke bevoegdheden in die aangelegenheid verleend.

Het in de bestreden bepaling en in artikel 11 van de Elektriciteitswet bedoelde technisch reglement wordt evenwel opgesteld door de Koning, na advies van de CREG en in overleg met de netbeheerder, en daarin worden onder meer de regels bepaald waaraan die beheerder is onderworpen teneinde met name het hoofd te bieden aan problemen van congestie. De lezing van artikel 11 in samenhang met het nieuwe artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, van de Elektriciteitswet houdt in dat de CREG dient te waken over de toepassing van de voorwaarden die zijn vastgelegd bij het koninklijk besluit van 19 december 2002 dat ter uitvoering van artikel 11 is genomen; daaruit vloeit een tegenstrijdigheid voort met de bestreden wet die, tegelijkertijd, aan de CREG de exclusieve bevoegdheden verleent om de methoden goed te keuren voor toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur (artikel 23, § 2, tweede lid, 35° en 36°) en haar ermee belast in het technisch reglement beoogde documenten

goed te keuren volgens door de Koning vastgestelde voorwaarden met betrekking tot methoden met een soortgelijk doel. De bevoegdheid die de CREG uit de richtlijn afleidt inzake voorwaarden voor toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur wordt aldus afhankelijk gesteld van de voorwaarden die krachtens een koninklijk besluit zijn vastgesteld en die betrekking hebben op de congestie in ruime zin, met inbegrip van de methoden voor het evalueren van de capaciteit die nochtans tot de exclusieve bevoegdheid van de CREG behoren. De wetgever heeft de draagwijdte van het advies dat de Raad van State in die aangelegenheid had verstrekt, niet begrepen.

A.17.2. Volgens de CREG schenden de artikelen 65, 4°, en 87, 9°, van de bestreden wet, die respectievelijk in artikel 15/4, § 2, tweede lid, van de Gaswet een punt 29° en een punt 30° en in artikel 15/1, § 3, van dezelfde wet een punt 7° invoegen, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij aan de CREG een overleg met de Algemene Directie Energie opleggen. Bij artikel 15/4, § 2, tweede lid, wordt de CREG belast met het goedkeuren van de methoden die zijn gebruikt om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur mogelijk te maken, ook inzake congestiebeheer (29°), en met het toezicht op de invoering van de regels die erop betrekking hebben, in overleg met de Algemene Directie Energie (30°). Die regels worden voorgesteld door de transmissienetbeheerder. Krachtens artikel 41, lid 9, van de richtlijn 2009/73/EG kan echter geen enkel optreden van het bestuur worden aanvaard en dat waarin de bestreden wet voorziet, maakt het niet mogelijk om een risico van inbreuk op de bevoegdheid van de CREG uit te sluiten.

A.17.3. Volgens de CREG schendt artikel 87, 9°, van de bestreden wet, dat een punt 15° in artikel 15/14, § 2, tweede lid, van de Gaswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het aan de CREG de verplichting oplegt om de toepassing van de gedragscode te controleren. Die heeft het voorwerp uitgemaakt van een koninklijk besluit van 23 december 2010 dat op grond van artikel 15/5^{undecies} van de Gaswet is genomen, en het is evident dat die code betrekking heeft op exclusieve bevoegdheden van de nationale regulerende instantie, zoals artikel 41, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/73/EG daarin voorziet, en dat door de wetgever dus niet correct is omgezet. Bovendien beperkt de bestreden bepaling de controle van de toepassing van de code ten onrechte tot de regels in verband met de veiligheid en de betrouwbaarheid van het aardgasvervoersnet, zonder de opslaginstallatie voor aardgas en de installatie voor vloeibaar aardgas (LNG) te beogen.

A.17.4. Met betrekking tot het technisch reglement voert de Ministerraad artikel 37, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/72/EG aan om te doen gelden dat die niet vereist dat dat reglement door de regulator moet worden opgesteld. Hij voert bovendien aan dat de richtlijn, inzake congestiebeheer, past in het ruimere kader van de verordening (EG) nr. 714/2009 die onder meer strekt tot het invoeren van netcodes die van toepassing zijn op de gehele Europese Unie met het oog op de totstandbrenging van een concurrerende en efficiënte interne markt voor elektriciteit. Zulk houdt de uniformisering van de interne procedures van de lidstaten in. In afwachting dat zulks gebeurt (in 2013), kon de wetgever, om geen juridisch vacuüm te doen ontstaan, niet anders dan het bestaande federale technisch reglement te behouden, daar hij het niet kon vervangen door een andere code of een ander reglement dat onmiddellijk operationeel kon zijn. De bepalingen van het federale reglement die in strijd zijn met de nieuwe Europese normen, zullen *de facto* worden opgeheven en de andere zullen door het subsidiariteitsbeginsel worden geregeld; het zal uiteraard aan de CREG staan om, zoals de richtlijn daarin voorziet, de voorwaarden goed te keuren voor, enerzijds, de aansluiting op en de toegang tot het transmissienet, alsook de voorwaarden voor de « verantwoordelijkheid voor het evenwicht » van de regelzone en, anderzijds, de grensoverschrijdende aangelegenheden.

A.17.5. Met betrekking tot het toezicht op de congestie en de verplichting tot overleg met de Algemene Directie Energie, voert de Ministerraad aan dat het in de Gaswet bedoelde overleg noch het delen van de beslissingsbevoegdheid, noch een aantasting van de onafhankelijkheid van de CREG inhoudt : het gaat veeleer om een verplichting om het bestuur in te lichten, dat moet weten hoe de congestie wordt beheerd, zoals artikel 23, § 2, tweede lid, 36°, van de Elektriciteitswet, op grond waarvan de bestreden bepalingen kunnen worden gelezen, trouwens aangeeft.

A.17.6. Met betrekking tot de in de Gaswet bedoelde gedragscode inzake toegang tot het vervoersnet, de opslaginstallatie en de LNG-installatie, verwijst de Ministerraad naar wat hij reeds heeft vermeld (A.17.4) : het is omdat Europese netcodes worden voorbereid dat de wetgever artikel 15/5^{undecies}, eerste lid, van de Gaswet, dat de Koning belast met het opstellen van de gedragscode (waarbij de CREG, zoals inzake elektriciteit, de in de richtlijn bedoelde goedkeuringsbevoegdheid dient uit te oefenen), ongewijzigd heeft gelaten. Om dezelfde redenen zou een juridisch vacuüm zijn ontstaan indien de CREG was bekleed met de bevoegdheid om zelf die code op te stellen.

Ten slotte, in tegenstelling tot wat de CREG aanvoert, wordt haar controlebevoegdheid geenszins beperkt tot alleen het aardgasvervoersnet aangezien haar bij artikel 15/14, § 2, tweede lid, 15°, van de Gaswet, ingevoegd bij artikel 87, 9°, van de bestreden wet, twee onderscheiden taken worden toegekend : de controle van de toepassing van de gedragscode en de evaluatie van de ter uitvoering van die code geleverde prestaties in verband met de veiligheid en de betrouwbaarheid van het aardgasvervoersnet.

A.17.7. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat de opheffing van het in A.17.1 bedoelde technisch reglement niet tot een juridisch vacuüm zou leiden en dat zulks geen onjuiste omzetting van de bepalingen van de richtlijn verantwoordt.

Zij merkt op dat haar bevoegdheid geen betrekking heeft op het vaststellen van het technisch reglement in zijn geheel, maar enkel op de methoden en plannen met betrekking tot het congestiebeheer, ook al verantwoordt een bekommernis om coherentie dat zij voor het geheel bevoegd zou zijn.

Zij betwist ook dat de netcodes, waarvan de ontwikkelingstermijnen door de Ministerraad worden aangevoerd om de bestreden bepaling te verantwoorden, het technisch reglement achterhaald kunnen maken : de netcodes worden immers enkel ontwikkeld voor grensoverschrijdende aangelegenheden met betrekking tot het net en de marktintegratie (artikel 8, lid 7, van de verordening (EG) nr. 714/2009), en zulks zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de Staten om nationale netcodes vast te stellen. De omstandigheid dat de CREG over een goedkeuringsbevoegdheid zou beschikken - waarin de wet niet voorziet - kan het feit dat de wetgever het technisch reglement heeft behouden, niet verhullen.

A.17.8. De CREG neemt akte van het feit dat de Ministerraad erkent dat de verplichting tot overleg met de Algemene Directie Energie niet verenigbaar is met de richtlijn 2009/73/EG aangezien hij die verplichting als een informatieplicht wenst te interpreteren. Een dergelijke interpretatie stemt evenwel niet overeen met de wettekst.

A.17.9. Wat de gedragscode betreft, verwijst de CREG naar wat zij over het technisch reglement reeds heeft vermeld (A.17.7). De netcodes, waarvan het ontwikkelingsproces lang duurt, zullen enkel betrekking hebben op het vervoer van aardgas en niet op de opslag van gas en vloeibaar aardgas en verbieden de Staten niet om nationale codes aan te nemen.

Ten slotte neemt zij akte van de door de Ministerraad gegeven interpretatie aan artikel 15/14, § 2, tweede lid, 15°, vermeld in A.17.6, maar meent zij dat zij geen steun vindt in de tekst van de bestreden bepaling.

A.17.10. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partij de wil van de wetgever met betrekking tot het technisch reglement en de gedragscode niet heeft begrepen, namelijk passen in het kader van de Europese actualiteit inzake uniformisering van de netcodes. De bestreden wet heeft de richtlijn correct omgezet.

Met betrekking tot de netcodes voegt hij daaraan toe dat artikel 8, lid 7, van de verordening (EG) nr. 714/2009 de bekommernis van de Europese wetgever om uniformisering bevestigt; door aan de CREG de bevoegdheid te verlenen om het technisch reglement op te stellen, zou verder zijn gegaan dan het voorschrift van de richtlijnen. Voor het overige worden de netcodes voorbereid tijdens voorafgaande besprekingen binnen het ACER, waaraan niet de Regering maar de CREG deelneemt, die dus om een wijziging van het technisch reglement kan verzoeken teneinde het met de toekomstige teksten in overeenstemming te brengen.

Wat het overleg met de Algemene Directie Energie betreft, is hij van mening dat het geen enkele verplichting met zich meebrengt om een gemeenschappelijk project uit te voeren.

Wat, ten slotte, de gedragscode betreft, voert de Ministerraad artikel 4, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG aan om te doen gelden dat dat artikel ter zake niet de uitgebreide en onbeperkte bevoegdheid toekent waarop de verzoekende partij aanspraak maakt. Bovendien toont de verzoekende partij niet aan waaruit de discriminatie die zij aanklaagt, zou bestaan.

Derde subonderdeel

A.18.1. Volgens de CREG schendt artikel 8, 1°, van de bestreden wet, dat artikel 8, § 1, derde lid, 5°, van de Elektriciteitswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het aan de Koning de bevoegdheid delegeert om de criteria te preciseren die door een productie-installatie die hernieuwbare energie aanwendt, moeten worden nageleefd teneinde een voorrang te kunnen genieten en om de technische en financiële voorwaarden te bepalen die door de transmissienetbeheerder moeten worden toegepast in verband met de productie-installaties die hernieuwbare energiebronnen aanwenden.

Bij artikel 37, lid 6, van de richtlijn 2009/72/EG wordt aan de nationale regulerende instanties immers de exclusieve bevoegdheid verleend om de methoden vast te stellen of goed te keuren voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de verstrekking van balanceringsdiensten, bedoeld in artikel 15, lid 2, van dezelfde richtlijn, terwijl bij artikel 15, lid 3, ervan aan de lidstaten de verplichting wordt opgelegd om de transmissienetbeheerders ertoe te dwingen voorrang te geven aan de productie-installaties voor elektriciteit die hernieuwbare energiebronnen aanwenden. Door de Koning ertoe te machtigen de criteria en de voorwaarden te preciseren die moeten worden nageleefd door een productie-installatie die die bronnen aanwendt, na advies van de CREG, doet de bestreden wet afbreuk aan de bevoegdheden die bij de artikelen 15, lid 2, en 37, lid 6, van de richtlijn aan de CREG worden voorbehouden om de voorwaarden inzake balanceringsdiensten vast te stellen en de objectieve criteria te definiëren die ertoe strekken de coördinatie van de inschakeling van de productie-installaties en het bepalen van het gebruik van de interconnecties te waarborgen.

A.18.2. De Ministerraad voert in hoofdorde aan dat de richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 « ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG » (artikel 16, lid 2) aan de regulator alleen de bevoegdheid verleent om de criteria vast te stellen met betrekking tot de instandhouding van de betrouwbaarheid en de veiligheid van het net, en niet de bevoegdheid om de criteria te bepalen waaraan de productie-installaties die hernieuwbare energiebronnen aanwenden, moeten voldoen; de wetgever heeft de richtlijn dus correct omgezet door de CREG ermee te belasten de objectieve criteria goed te keuren op grond waarvan de productie-installaties worden ingeschakeld en het gebruik van de interconnecties wordt bepaald.

A.18.3. In ondergeschikte orde suggereert de Ministerraad het Hof om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag te stellen over de interpretatie van de in A.18.2 bedoelde richtlijn en van de richtlijn 2009/72/EG indien het van oordeel is dat de verzoenende interpretatie van die twee richtlijnen ten aanzien van het primaire recht, namelijk artikel 194 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (dat zowel de werking van de markt als het stimuleren en het ontwikkelen van energie uit hernieuwbare energiebronnen beoogt), het niet mogelijk maakt te bepalen in welke mate de omzetting van de richtlijnen door de Belgische wetgever in overeenstemming is met het voorschrift ervan. Die vraag zou als volgt worden geformuleerd :

« Maken artikel 194 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, artikel 15, leden 2 en 3, van de 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 : Elektriciteitsrichtlijn) en artikel 16, lid 2, van de richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG het de lidstaten mogelijk erin te voorzien dat, enerzijds, de nationale regulerende instantie de objectieve criteria goedkeurt waarop de coördinatie van de inschakeling van de productie-installaties en het bepalen van het gebruik van de interconnecties berust en, anderzijds, de lidstaten na advies van de nationale regulerende instantie de criteria preciseren die moeten worden nageleefd door een productie-installatie die hernieuwbare energiebronnen aanwendt ? ».

A.18.4. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad voorbijgaat aan de duidelijke tekst van de richtlijnen en dat de bij artikel 16 van de richtlijn 2009/28/EG aan de lidstaten toegekende bevoegdheden niet kunnen worden uitgeoefend ten nadele van die welke bij de richtlijn 2009/72/EG aan de nationale regulerende instanties zijn toegekend. Zij bevestigt het discriminerende karakter van de bestreden bepaling en acht het niet nuttig om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie aangezien de in aanmerking te nemen bepalingen geen interpretatiemoeilijkheden met zich meebrengen.

A.18.5. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partij in geen geval over een exclusieve bevoegdheid beschikt om de criteria voor de inschakeling van de productie-installaties en van het gebruik van de interconnecties, alsook de voorwaarden voor het verstrekken van

balanceringsdiensten, vast te stellen : de richtlijn maakt het de Staten mogelijk om aan de regulators ofwel de bevoegdheid toe te kennen om de ter zake van toepassing zijnde regels vast te stellen, ofwel de bevoegdheid om ze goed te keuren (artikel 15, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG).

Vierde subonderdeel

A.19.1. Volgens de CREG schendt artikel 24, 3°, van de bestreden wet, dat artikel 18, § 1, 2°, van de Elektriciteitswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de Koning ertoe machtigt gedragsregels vast te stellen die van toepassing zijn op de tussenpersonen en leveranciers, meer bepaald inzake transactie en balanceringsdiensten.

Bij artikel 37, lid 6, onder b), van de richtlijn wordt aan de nationale regulerende instantie evenwel de bevoegdheid voorbehouden inzake voorwaarden voor de verstrekking van balanceringsdiensten in het algemeen, ook die met betrekking tot de regels en prijzen die van toepassing zijn op de door de netbeheerders verstrekte diensten voor het balanceren van het elektriciteitsnet. Aan die bevoegdheid van de CREG werd door de wetgever dus voorbijgegaan, zoals de Raad van State heeft opgemerkt.

A.19.2. De Ministerraad voert aan dat de verzoekende partij een verkeerde lezing maakt van de bestreden bepaling : die bepaling heeft geen betrekking op het door de CREG bedoelde geval, maar wel op dat waarbij de wijze wordt vastgesteld waarop de leveranciers en tussenpersonen aan de marktvoorwaarden inzake transactie en balanceringsdiensten moeten voldoen, en vormt dus de omzetting van artikel 3, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG. Het gaat dus niet om de regels die door de TNB of de CREG inzake onbalans zijn aangenomen (artikelen 15, lid 7, en 37, lid 6, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG).

A.19.3. In haar memorie van antwoord verwerpt de CREG de interpretatie van de Ministerraad : zij doet gelden dat het voormelde artikel 3, lid 4, betrekking heeft op het recht van de afnemers om zich tot de leverancier van hun keuze te richten, ongeacht de Staat waarin hij is geregistreerd, op voorwaarde dat de regels inzake transactie en balanceringsdiensten in acht worden genomen; dat kan evenwel niet in die zin worden geïnterpreteerd dat aan de Koning de bevoegdheid wordt verleend om gedragsregels inzake balanceringsdiensten te bepalen, die enkel onder de bevoegdheid van de nationale regulerende instantie vallen.

A.19.4. In zijn memorie van wederantwoord brengt de Ministerraad zijn argumentatie in herinnering en voegt hij daaraan toe dat artikel 37, lid 6, onder b), van de voormelde richtlijn aan de nationale regulerende instantie niet de exclusieve bevoegdheid toekent die de verzoekende partij daarin wenst te zien.

Vijfde subonderdeel

A.20.1. Volgens de CREG schendt artikel 29 van de bestreden wet, dat een artikel 20bis in de Elektriciteitswet invoegt (dat vervolgens bij artikel 27 van de wet van 29 maart 2012 is gewijzigd), de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het aan de CREG een tussenkomst oplegt van de Nationale Bank van België (hierna : NBB) in haar besluitvormingsproces, een onderhandeling tussen, enerzijds, de elektriciteitsleverancier en, anderzijds, de CREG en de NBB, voorafgegaan door een overleg tussen die twee partijen, en in zoverre het bepaalt dat de voorlopige vaststelling door de CREG met betrekking tot de toepassing van de indexeringsmechanismen kan worden betwist voor een door beide partijen aanvaard lid van het Belgisch Instituut van de Bedrijfsrevisoren.

Artikel 20bis voorziet in een nieuw mechanisme dat ertoe strekt de volatiliteit van de energieprijzen te beperken in de gevallen die erin worden beoogd en behoudt daartoe aan de CREG een bevoegdheid voor van controle op de toepassing van de indexeringsformule door de leveranciers, op advies van de NBB en met de mogelijkheid, voor de leverancier, om een beroep te richten tot een lid van het Belgisch Instituut van de Bedrijfsrevisoren tegen de vaststellingen door de CREG (artikel 20, §§ 3 en 4). De leveranciers dienen de in de wet bedoelde prijsstijgingen eveneens op gemotiveerde wijze aan te geven bij de CREG. Indien de stijging niet wordt verantwoord, worden de CREG, de NBB en de leverancier in onderhandelingen samengebracht; bij gebrek aan een akkoord kan de CREG, op advies van de NBB, de stijging verwerpen (artikel 20, § 5).

De bestreden bepaling zet geen enkele bepaling van de richtlijn 2009/72/EG om maar past de mogelijkheid toe die bij artikel 3, lid 3, ervan aan de lidstaten is geboden om in openbaredienstverplichtingen te voorzien. De CREG betwist die keuze van de wetgever niet maar meent dat hij zodoende afbreuk heeft gedaan aan haar

onafhankelijkheid. Die verhindert weliswaar geen samenwerking met andere overheden, maar het stelselmatige karakter van het optreden van de NBB kan niet worden verzoend met het beginsel van die onafhankelijkheid dat bij artikel 35, lid 4, onder b), punt ii), van de richtlijn 2009/72/EG is vastgelegd. De bij de wet opgelegde onderhandeling is door hetzelfde gebrek aangetast, zoals de Raad van State heeft doen opmerken, net zoals de mogelijkheid tot controle van de voorlopige beslissing van de CREG door een lid van het Belgisch Instituut van de Bedrijfsrevisoren, tegen wiens beslissingen geen beroep mogelijk is, terwijl de definitieve beslissing van de CREG voor het hof van beroep kan worden betwist.

A.20.2. Volgens de CREG schendt artikel 29 van de bestreden wet, dat artikel 20bis, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre de indexeringsformules enkel voor de huishoudelijke eindafnemers door de leveranciers moeten worden gepubliceerd, terwijl het mechanisme van prijscontrole ook op de kmo's van toepassing is. Dat onbegrijpelijke verschil in behandeling is des te meer onverantwoord daar artikel 15/10bis van de Gaswet voor beide in die publicatie voorziet.

A.20.3. Dezelfde kritiek als die vermeld in A.20.1 wordt door de CREG geleverd op artikel 82 van de bestreden wet dat artikel 15/10bis, § 4, eerste en derde lid, § 5, vierde tot achtste lid, en § 7, van de Gaswet wijzigt, rekening houdend met artikel 39, leden 4 en 5, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.20.4. Met betrekking tot de grief die uit de aantasting van de onafhankelijkheid van de CREG is afgeleid, voert de Ministerraad aan dat de richtlijn 2009/72/EG aan de lidstaten - tenzij zij anders daarover beslissen - de taak toekent om de huishoudelijke eindafnemers (en, indien zij zulks beslissen, de kmo's) de universele dienstverlening te laten genieten tegen redelijke, vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen (het « vangnet » ten aanzien van de volatiliteit van de prijzen). De consumentenbescherming valt dus enkel onder de bevoegdheid van de lidstaten. De Belgische wetgever heeft in artikel 29 van de bestreden wet ervoor gekozen - zonder daartoe te zijn verplicht - aan de CREG, wegens haar kennis van de markt en haar ervaring, verschillende bevoegdheden te verlenen bij de inwerkingstelling van het vangnet. Daarin is niet voorzien bij de richtlijn 2009/72/EG en het valt niet onder de toegewezen of exclusieve bevoegdheden van de regulator, zodat de wetgever daarin zowel de Nationale Bank van België (waarvan de bevoegdheden bij de wet van 25 augustus 2012 houdende diverse bepalingen inzake energie werden herzien, zodat het middel niet langer ontvankelijk is wat de NBB betreft) als het Instituut van de Bedrijfsrevisoren kon laten tussenkomen, net zoals hij, overeenkomstig artikel 3 van de voormelde richtlijn, die aangelegenheid enkel aan zijn administratie zou hebben kunnen toevertrouwen.

A.20.5. Met betrekking tot de samenhang tussen de Elektriciteitswet en de Gaswet doet de Ministerraad gelden dat het om een tikfout van de federale wetgever gaat, aangezien artikel 29 van de bestreden wet, zoals de memorie van toelichting aangeeft, in die zin moet worden geïnterpreteerd dat het ook op de kmo's betrekking heeft.

A.20.6. In haar memorie van antwoord merkt de CREG op dat de wet van 25 augustus 2012 houdende diverse bepalingen inzake energie in artikel 20bis van de Elektriciteitswet wijzigingen aanbrengt die de in dat vijfde subonderdeel uiteengezette grieven zonder voorwerp maken, onder voorbehoud evenwel van het feit dat 1) artikel 20bis, § 5, zevende lid, in onderhandelingen van de CREG met de leverancier blijft voorzien wanneer zij meent dat de opwaartse aanpassing van de energiecomponent niet gerechtvaardigd is; 2) de parallelle taak van de Nationale Bank van België en van de CREG inzake monitoring en evaluatie van het vangnetmechanisme behouden blijft; 3) het recht van de leverancier om de voorafgaande vaststelling door de CREG voor een lid van het Belgisch Instituut van de Bedrijfsrevisoren te betwisten (artikel 20bis, § 4, derde lid), wordt behouden.

Zij verwerpt het standpunt van de Ministerraad volgens hetwelk het « derde energiepakket » inzake consumentenbescherming geen enkele bevoegdheid aan de nationale regulerende instantie zou voorbehouden, zodat de wetgever die bescherming zou kunnen regelen zonder rekening te houden met het beginsel van onafhankelijkheid van de regulerende instantie: zulks is immers in strijd met artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG dat die onafhankelijkheid waarborgt voor alle activiteiten van de instantie. Het vangnetmechanisme is gebaseerd op artikel 3, lid 3, van die richtlijn en is dus wel degelijk een bij de richtlijn toegekende taak van regulering die de inachtneming van de onafhankelijkheid van de regulerende instantie inhoudt.

A.20.7. De CREG is van mening dat de Ministerraad, door de verwijzing naar de huishoudelijke afnemers in artikel 29 van de bestreden wet als een tikfout aan te merken, geen einde maakt aan de discriminatie die zij aanklaagt en dat de interpretatie die hij voorstelt, indruist tegen de tekst van de bepaling.

A.20.8. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG niet van toepassing is en dat het, zelfs indien het wel van toepassing zou zijn, de lidstaten niet zou verhinderen om tegelijkertijd aan de regulerende instantie en aan een andere instantie een taak van monitoring toe te vertrouwen; hij verwijst in dat verband naar artikel 37, lid 2, eerste alinea, van dezelfde richtlijn dat in een dergelijk geval van de andere instantie vereist dat zij aan de nationale regulerende instantie alle informatie bezorgt die aan de oorsprong van de conclusies van haar monitoring ligt.

Wat de Nationale Bank van België betreft, diende haar taak niet te worden opgeheven bij de wet van 25 augustus 2012; die heeft zich ertoe beperkt die taak tot een jaarlijkse monitoring te beperken, rekening houdend met het feit dat de Bank niet over voldoende personeel beschikte om de taken te vervullen die de bestreden wet haar had toevertrouwd; die taken passen in het hiervoor vermelde kader en schenden artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG dus niet.

Zesde subonderdeel

A.21.1.1. Volgens de CREG schendt artikel 76, 2°, van de bestreden wet, dat artikel 15/5^{duodecies}, § 1^{ter}, van de Gaswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de Koning ertoe machtigt, op voorstel van de minister en na advies van de CREG, afwijkingen van bepaalde duur toe te kennen met betrekking tot onder meer de regels inzake ontvlechting van de vervoersnetten en van de vervoersnetbeheerders en de regels inzake toegang tot de netten. Artikel 36, lid 7, van de richtlijn 2009/73/EG, dat het de lidstaten weliswaar mogelijk maakt een andere instantie dan de regulerende instantie ertoe te machtigen die afwijkingen toe te kennen, bepaalt evenwel dat die haar advies aan die instantie moet voorleggen, en zulks enkel met het oog op een formeel besluit; dat advies is dus doorslaggevend en het staat enkel aan de bevoegde instantie om het in een definitieve beslissing te formaliseren. Aangezien de bestreden bepaling niet in die beperking voorziet, wordt artikel 36, lid 7, daarin niet correct omgezet.

A.21.1.2. De Ministerraad brengt in herinnering dat de Gasrichtlijn ertoe strekt de bevoorradingszekerheid te waarborgen - hetgeen enkel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort - en het mogelijk maakt voor een beperkte periode af te wijken van de regeling van de ontvlechting van de eigendomsstructuren, en zulks in beginsel onder toezicht van de regulator. Die afwijking vormt slechts het middel om het doel van de richtlijn te bereiken, zodat de wetgever een belangrijke rol aan de minister van Energie heeft toegekend.

A.21.1.3. Hij voert aan dat in de richtlijn geen enkele wil van de Europese wetgever tot uiting wordt gebracht om het advies van de regulator bindend te maken voor de instantie die inzake afwijkingen bevoegd is en die volgens artikel 36, lid 7, bedoeld in A.21.1.1, ertoe is gemachtigd het formele besluit na advies van de regulator te nemen.

A.21.1.4. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat het advies van de regulerende instantie bindend is omdat zulks blijkt uit de bewoordingen van artikel 36 en omdat dat advies afwijkingen betreft die betrekking hebben op de regels inzake toegang tot de netten en op de ontvlechting van de eigendomsstructuren van de vervoersnetten en van de beheerders ervan; die aangelegenheden behoren evenwel tot de exclusieve bevoegdheid van de nationale regulerende instantie (artikelen 10 en 41, lid 6, onder a), van de richtlijn 2009/73/EG).

A.21.1.5. In zijn memorie van wederantwoord antwoordt de Ministerraad dat de door de CREG aangevoerde bepalingen haar niet de exclusieve bevoegdheid verlenen die zij daarin ziet.

A.21.2.1. Volgens de CREG schendt artikel 76, 3°, van de bestreden wet, dat artikel 15/5^{duodecies}, § 1^{bis}, in de Gaswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het erin voorziet dat de in A.21.1 bedoelde aanvraag tot afwijking moet worden ingediend bij de bevoegde minister, terwijl artikel 36, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG bepaalt dat zij moet worden ingediend bij de nationale regulerende instantie, die een afschrift daarvan toezendt aan de Europese Commissie. De bestreden bepaling verzekert evenmin een correcte omzetting van dat artikel 36, lid 4, van de richtlijn, in zoverre de bestreden bepaling, door erin te voorzien dat elke aanvraag tot afwijking zou moeten worden behandeld overeenkomstig artikel 15/5^{duodecies}, § 1^{ter}, van de Gaswet (dat de aanvragen beoogt met betrekking tot installaties die op het grondgebied van verschillende lidstaten zijn gelegen), de procedure buiten beschouwing laat die is beoogd in artikel 15/5^{duodecies}, § 1, van de Gaswet, dat betrekking heeft op de installaties die op het Belgische grondgebied zijn gelegen.

A.21.2.2. De Ministerraad voert aan dat artikel 36, lid 8, van de richtlijn het niet mogelijk maakt af te leiden dat de nationale regulerende instantie de instantie is waarbij de aanvraag tot afwijking moet worden ingediend, zodat de verzoekende partij een verkeerde lezing van die bepaling maakt; niets belet de minister om de aanvraag te ontvangen en ze vervolgens mee te delen aan de CREG die ermee is belast een afschrift ervan naar de Europese Commissie te sturen.

Met betrekking tot de van toepassing zijnde procedure voert hij aan dat artikel 15/5*duodecies*, § 1, van de Gaswet in de mogelijkheid van een aanvraag tot afwijking voorziet en de voorwaarden vaststelt die de nieuwe infrastructuur dient na te leven, terwijl de paragrafen 1*ter* tot 4 het proces van behandeling van de aanvraag tot afwijking regelen, ongeacht of de installaties op het Belgische grondgebied of op dat van verschillende lidstaten zijn gelegen. Aangezien artikel 15/5*duodecies*, § 1*bis*, naar de behandelingsprocedure verwijst, mist de grief feitelijke grondslag.

A.21.2.3. In haar memorie van antwoord verwijst de CREG naar de uiteenzettingen in haar verzoekschrift.

A.21.3.1. Volgens de CREG schendt artikel 76, 3°, van de bestreden wet, dat artikel 15/5*duodecies*, § 1*ter*, van de Gaswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het erin voorziet dat de beslissing van de minister met betrekking tot een nieuwe infrastructuur die op het grondgebied van verschillende lidstaten is gelegen, wordt voorafgegaan door een advies van het ACER en aldus volledig ontsnapt aan de rol van de CREG, terwijl artikel 36, lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG erin voorziet dat dat advies aan de betrokken regulerende instanties moet worden voorgelegd, die het als basis voor hun beslissing kunnen gebruiken.

De bestreden bepaling zet artikel 36, lid 5, van de richtlijn evenmin correct om in zoverre zij in die zin kan worden geïnterpreteerd dat zij aan andere instanties dan de CREG de mogelijkheid biedt om een termijnverlenging te vragen en om te worden geraadpleegd, terwijl de richtlijn die prerogatieven enkel tot de nationale regulerende instantie beperkt.

A.21.3.2. De Ministerraad is van oordeel dat artikel 76, 3°, in zoverre het aan de minister de hoedanigheid van betrokken instantie in het interne recht met betrekking tot de nieuwe grensoverschrijdende infrastructuur toekent, het resultaat van een tikfout van de wetgever is en moet worden geïnterpreteerd overeenkomstig artikel 36, lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG, dat die hoedanigheid aan de regulator voorbehoudt, zodat het middel feitelijke grondslag mist.

A.21.3.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad een interpretatie *contra legem* voorstelt die moet worden verworpen.

A.21.4.1. Volgens de CREG schendt artikel 76, 7°, van de bestreden wet, dat artikel 15/5*duodecies*, § 3, van de Gaswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het het de Koning mogelijk maakt, alvorens de in A.21.1.1 bedoelde afwijking toe te kennen, op voorstel van de minister en na advies van de CREG de regels en de mechanismen voor het beheer en de toewijzing van capaciteit vast te leggen. Bij artikel 41, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG worden aan de nationale regulerende instanties evenwel exclusieve bevoegdheden toevertrouwd inzake toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur, met inbegrip van de procedures voor toewijzing van capaciteit en voor congestiebeheer, en artikel 36, leden 6 en 7, van dezelfde richtlijn bevestigt die exclusieve bevoegdheid en verbiedt om ze aan een andere bevoegde instantie toe te vertrouwen.

A.21.4.2. Zoals in A.21.3.2 wordt gezegd, is de Ministerraad van mening dat het om een tikfout gaat en dat de bestreden bepaling, overeenkomstig de richtlijn, in die zin moet worden geïnterpreteerd dat zij aan de regulator de bevoegdheden verleent die daarin worden beoogd, zodat het middel feitelijke grondslag mist.

A.21.4.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad een interpretatie *contra legem* voorstelt die moet worden verworpen.

A.21.5.1. Volgens de CREG schendt artikel 76, 7°, van de bestreden wet, dat artikel 15/5*duodecies*, § 4, van de Gaswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de essentiële rol van de CREG omzeilt zoals die voortvloeit uit artikel 36, leden 8 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG; die bepalingen voorzien erin dat de nationale regulerende instantie aan de Europese Commissie elke aanvraag en elke beslissing tot afwijking moet meedelen en moet voldoen aan het besluit van de Europese Commissie om die beslissing tot afwijking te wijzigen of in te trekken. Door die rol aan de minister voor te behouden, zet de bestreden bepaling de richtlijn niet correct om in Belgisch recht.

A.21.5.2. Zoals in A.21.3.2 wordt gezegd, is de Ministerraad van mening dat het om een tikfout gaat en dat de bestreden bepaling, overeenkomstig de richtlijn, in die zin moet worden geïnterpreteerd dat zij aan de regulator de bevoegdheden verleent die daarin worden beoogd, zodat het middel feitelijke grondslag mist.

A.21.5.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad een interpretatie *contra legem* voorstelt die moet worden verworpen.

Zevende subonderdeel

A.22.1. Volgens de CREG schendt artikel 36, 2°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 1, tweede lid, 7°, van de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het het algemene doel van de CREG dat erin bestaat het voordeel van een efficiënte werking van de nationale markt te verzekeren, tot de eindafnemers beperkt, terwijl artikel 36, onder g), van de richtlijn 2009/72/EG alle afnemers beoogt, ongeacht of het grootafnemers of eindafnemers betreft (artikel 2, lid 7). De omzetting van de richtlijn is dus niet correct, zoals de Raad van State heeft opgemerkt.

A.22.2. Dezelfde kritiek als die vermeld in A.22.1 wordt door de CREG geleverd op artikel 87, 1°, van de bestreden wet, dat artikel 15/14, § 1, tweede lid, 7°, van de Gaswet wijzigt, rekening houdend met artikel 40, onder g), van de richtlijn 2009/73/EG.

A.22.3. De Ministerraad is van mening dat het middel niet gegrond is omdat in de Nederlandse tekst van de bestreden bepalingen het woord « afnemers » wordt gebruikt dat niet de in de Franse tekst bestaande beperking bevat en dat het mogelijk maakt te oordelen dat de wet in overeenstemming is met de richtlijn.

A.22.4. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad een interpretatie *contra legem* voorstelt die moet worden verworpen. Het is bovendien niet mogelijk om één taalversie te doen primeren boven de andere.

Tweede middel (tariefbevoegdheden van de CREG)

A.23. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 35 en 37 van richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 39 en 41 van richtlijn 2009/73/EG en met artikel 14 van verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 13 van verordening (EG) nr. 715/2009.

Eerste onderdeel (totstandkomingsprocedure)

Eerste subonderdeel

A.24.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15, 16, 71 en 72 van de bestreden wet, die respectievelijk de artikelen 12, § 2, en 12bis, § 2, van de Elektriciteitswet invoegen, de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre zij de minimuminhoud vaststellen van de procedure voor de totstandkoming van de tariefmethodologieën wanneer daarover geen akkoord bestaat met alleen de netbeheerders, terwijl de CREG, als onafhankelijke regulerende instantie, zelf de procedurele regels voor het aannemen van haar besluiten moet kunnen vaststellen, overeenkomstig artikel 35, leden 4 en 5, artikel 37, leden 2, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 2, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009.

Zowel de Europese Commissie als de Raad van State hebben onderstreept dat de onafhankelijkheid van de regulerende instantie zich ertegen verzette dat dergelijke instructies aan haar worden gericht.

A.24.2. De CREG is van mening dat de aannemingsprocedure waarin de bestreden bepalingen voorzien, een te grote rol aan uitsluitend de netbeheerders voorbehoudt. Zij beschikken in de eerste plaats over een redelijke termijn om de bij de wet bepaalde stappen uit te voeren, zodat zij de timing voor de aanneming van de methodologieën gedeeltelijk beheersen, terwijl het aan de CREG toekomt haar tariefbevoegdheid « doeltreffend en snel » uit te voeren.

Vervolgens is een afwijking van de normen inzake de totstandkoming van de tariefmethodologieën ondergeschikt aan hun akkoord, waardoor de regulator afhankelijk wordt van de ondernemingen die hij wordt geacht te controleren en ten aanzien van wie hij onafhankelijk moet zijn.

Ten slotte moet de CREG voldoen aan zware procedurele verplichtingen, waarbij zij de argumenten van de netbeheerders moet overnemen in de verslagen van de vergaderingen en in een bijlage bij haar besluit.

A.24.3. In de veronderstelling dat de wetgever de in het geding zijnde totstandkomingsprocedure kan vaststellen, zou hij dat niet op discriminerende wijze kunnen doen. De CREG is echter van mening dat de netbeheerders en de netgebruikers aan wie zij zijn verbonden, zonder verantwoording worden bevoordeeld ten opzichte van de andere bij de nettarieven betrokken spelers: zij genieten procedurele waarborgen inzake de aanneming van tariefmethododes en kunnen als enige een akkoord met de CREG sluiten teneinde de methodologie te bepalen, hetgeen de gebruikers niet kunnen.

A.24.4. De CREG is ook van mening dat de artikelen 12, § 2, tweede lid, en 12bis, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet en de overeenstemmende bepalingen van de Gaswet, in zoverre zij ertoe verplichten dat de tariefmethodologie « de kostencategorieën waarop, in voorkomend geval, de bevorderende regelgeving van toepassing is » nauwkeurig omschrijft, de fundamentele elementen van die methodologie rechtstreeks preciseren. Hiermee beschouwt de wetgever dat de netbeheerders door de regulator niet ertoe moeten worden aangemoedigd doeltreffend te zijn voor alle kostencategorieën, of zelfs dat het mogelijk zou zijn dat geen enkele kostencategorie wordt onderworpen aan een « bevorderende regelgeving ». De Raad van State had onderstreept dat artikel 37, lid 8, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG niet toelieten dat bepaalde kosten worden uitgesloten van de « bevorderende regelgeving » (begrip dat nergens wordt gedefinieerd).

De bestreden bepalingen zijn ook strijdig met de voormelde verordeningen, die bepalen dat de tarieven de werkelijke kosten weerspiegelen in de enige mate dat zij overeenstemmen met een doeltreffende netbeheerder.

A.24.5. De Ministerraad voert aan dat de invoering bij de bestreden wet van de door de CREG bekritiseerde overlegprocedure in overeenstemming is met de beginselen van de Europese wetgever voor een betere regelgeving, en verwijst met name naar artikel 37, lid 2, van de richtlijn 2009/73/EG en artikel 41, lid 2, van de richtlijn 2009/73/EG.

Dat geldt aldus zowel voor de voorafgaande overlegprocedure met het oog op het sluiten van een akkoord tussen de partijen als voor de minimale overlegprocedure waarin de wet voorziet wanneer tussen de partijen geen akkoord wordt bereikt en die tot doel heeft een constructieve dialoog tussen de partijen te verzekeren en de moeilijkheden verbonden aan het gebruik van een voorlopige tarifiering te voorkomen. Die procedure tast gezins de bevoegdheden aan van de CREG, die, wanneer geen akkoord is bereikt, alle wijzigingen kan aanbrengen die zij nodig acht in de uitoefening van haar tariefbevoegdheid; zij moet evenwel, net als elke Belgische administratieve instantie, de beginselen van behoorlijk bestuur en van transparantie in acht nemen.

A.24.6. Ten aanzien van de redelijke termijn waarover de netbeheerders beschikken, is de Ministerraad van mening dat die vereist is vanwege de investeringen waarmee die netbeheerders worden geconfronteerd bij de totstandkoming van de tariefmethodologie.

Ten aanzien van de ontstentenis van bepalingen die voorzien in een overleg met de netgebruikers, heeft de Ministerraad vragen bij het belang van de verzoekende partij bij dat subonderdeel van het middel en voert hij aan dat dat subonderdeel in dat opzicht bijgevolg niet ontvankelijk is. In ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat de keuze van de spelers die deelnemen aan het voorafgaande overleg uitsluitend toekomt aan de lidstaten, zoals de interpretatieve nota van de Europese Commissie aangeeft. In die nota wordt ook aangegeven dat de netgebruikers eveneens in zekere mate worden betrokken bij een overleg dat de regulator omwille van de transparantie moet organiseren vooraleer belangrijke beslissingen worden genomen. Uit het feit dat de wetgever een overleg met de netbeheerders oplegt, kan niet worden afgeleid dat de regulator ervan zou zijn vrijgesteld de consumenten te raadplegen, zoals wordt bepaald in overweging 51 van de richtlijn 2009/72/EG en overweging 48 van de richtlijn 2009/73/EG.

A.24.7. De Ministerraad betwist ook elke discriminatie onder netgebruikers naargelang zij al dan niet aan een beheerder zijn verbonden, en voert daarbij aan dat de verzoekende partij de door de Europese wetgever opgelegde regels inzake ontvlechting van de eigendomsstructuren tussen de transmissienetbeheerders en de distributienetbeheerders en de activiteiten inzake levering en productie over het hoofd lijkt te zien.

A.24.8. Ten aanzien van de invoering van het beginsel van de bevorderende regelgeving binnen de tariefmethodologie is de Ministerraad van mening dat die integraal deel uitmaakt van elke tariefmethodologie, daar zij tot doel heeft de technisch-economische doeltreffendheid van de activiteiten van de netbeheerders te bevorderen en een voor de gebruikers van dat net betaalbare prijs te waarborgen, zoals bepaald in artikel 37, lid 8, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.24.9. In haar memorie van antwoord verdedigt de CREG haar belang bij het middel door te verwijzen naar de rechtspraak van het Hof en door erop te wijzen dat zij is betrokken bij de procedure inzake de totstandkoming van de tariefmethodologie die onder haar bevoegdheid valt.

A.24.10. Zij voert aan dat de verwijzing naar het « beginsel van betere regelgeving » geen « voorschrift » is dat in de aangehaalde bepalingen is vastgesteld, noch een verplichting onderscheiden van die welke daarin zijn opgenomen. De tekst bepaalt dat « overeenkomstig de beginselen van betere regelgeving » een verplichting tot raadpleging bestaat. De verwijzing naar dat beginsel is dus louter contextueel. De Engelse tekst van de richtlijn, die nauwkeuriger is, laat toe te beschouwen dat het gaat om beginselen van « betere regulering ». Die bepalingen betreffen hoe dan ook alleen de wetgever en staan hem niet toe afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid en aan de bevoegdheden van de regulator. Noch dat beginsel, noch overweging 36 van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG kennen de wetgever de bevoegdheid toe om de tariefprocedure vast te stellen. De mogelijkheid voor de netbeheerders, die alleen of met het akkoord van de gebruikers handelen, om een tariefvoorstel uit te werken, doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de regulator, aangezien dat voorstel ter goedkeuring aan hem wordt voorgelegd. Een en ander wordt bevestigd in de interpretatieve nota van de Europese Commissie, die, hoewel zij weliswaar geen dwingend document is, evenwel de meest geloofwaardige bron voor de interpretatie van de richtlijnen is.

A.24.11. De CREG verwierpt de argumenten die zijn afgeleid uit, enerzijds, de zorg om elke confrontatie tussen haar en de netbeheerders te voorkomen (zorg die geen motief vormt om afbreuk te doen aan haar bevoegdheden en haar onafhankelijkheid) en, anderzijds, de verplichtingen inzake transparantie en niet-discriminatie van de netbeheerders : die verplichtingen gelden voor de netbeheerders wanneer zij hun eigen bevoegdheden uitoefenen en staan los van de procedures waaraan zij zijn onderworpen; zij houden niet in dat de wetgever ertoe gemachtigd zou zijn afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid van de CREG. Bovendien bestaat een wezenlijk verschil tussen de verplichting om de betrokkenen te raadplegen en de verplichting van een overlegprocedure bij de aanneming van de beslissingen die men neemt overeenkomstig bepalingen van een wet die ongeacht de omstandigheden van de zaak van toepassing zijn. Dat proces is overigens overdreven zwaar in zoverre het de CREG ertoe verplicht tijdens eenzelfde procedure de inaanmerkingneming van de neergelegde opmerkingen twee keer te motiveren.

A.24.12. De CREG is van mening dat, hoewel de bij de wet opgelegde redelijke termijnen de financiële belangen van de netbeheerders beogen te beschermen en aldus aan hun oordeel worden overgelaten, zij afbreuk doen aan haar bevoegdheid; zij merkt op dat de Ministerraad immers erkent dat de bestreden bepalingen tot gevolg hebben de uitoefening van die bevoegdheid te bevriezen.

A.24.13. In verband met de discriminaties tussen de verschillende categorieën van spelers is de CREG van mening dat het argument dat is afgeleid uit het feit dat haar hoofddoel erin zou bestaan de belangen van de consumenten te waarborgen, weliswaar aansluit bij de logica waarop de bestreden bepalingen steunen, maar verkeerd is, omdat zij niet de beschermer van de netgebruikers is, maar ermee belast is het beste evenwicht tussen de verschillende aanwezige belangen te waarborgen, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van zekere en performante netten mogelijk te maken of door tarieven goed te keuren die de kosten weerspiegelen. De bestreden bepalingen bemoeilijken in elk geval de opdracht van de CREG die erin bestaat te waken over de belangen van de consumenten, en men ziet niet in waarom die laatsten anders zouden moeten worden behandeld dan de andere spelers. Het gegeven dat de enen en de anderen zijn vertegenwoordigd binnen de algemene raad van de CREG of dat die de verplichting zou hebben alle betrokken partijen te controleren, kan de aangeklaagde discriminatie niet doen verdwijnen.

A.24.14. De CREG betwist voorts dat de regels inzake de ontvlechting van de eigendomsstructuren bepaald in artikel 9 van de richtlijnen het bestaan uitsluiten van een discriminatie onder netgebruikers die al dan niet aan de netbeheerders zijn verbonden. Die regels zijn immers op onvolledige wijze omgezet, zoals in het derde middel wordt aangevoerd; zij zijn alleen van toepassing op de transmissienetbeheerders en vormen vooral slechts een deel van de op hen toepasselijke voorschriften.

A.24.15. Ten aanzien van de bevorderende regelgevingen is de CREG van mening dat de Ministerraad erkent dat de wet wel degelijk fundamentele beperkingen vaststelt voor de uitoefening van de tariefbevoegdheid die, volgens het arrest nr. 97/2011, toekomt aan de CREG, terwijl artikel 37, lid 8, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG aan de regulator de zorg toevertrouwen gepaste bevorderende maatregelen vast te stellen. De Ministerraad spreekt zich bovendien niet uit over artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009.

A.24.16. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad, die terugkomt op het beginsel van « betere regelgeving », aan dat het niet alleen is voorbehouden aan de regulatoren, maar dat het integendeel is opgenomen in een richtlijn die moet worden omgezet, zodat de lidstaten bevoegd zijn om de op de regulator toe te passen procedure vast te stellen. Het bij de bestreden wet bepaalde overleg is in overeenstemming met overweging 68 van de richtlijn 2009/72/EG en vormt een procedureregule die de lidstaten vermogen vast te stellen.

Hij merkt op dat de CREG niet betwist dat zij tariefvoorstellen kan krijgen vanwege de netbeheerders, hetgeen ruimschoots overeenstemt met het in de wet bepaalde beginsel van het voorafgaande overleg. De tussenkomenende partijen wijzen ook erop dat de tariefmethodologie een exclusieve bevoegdheid van de CREG is, maar dat de procedure voor de totstandkoming van die methodologie ressorteert onder de federale wetgever.

De termijnen die bij de bestreden wet zijn vastgesteld in overeenstemming met het beginsel van de redelijke termijn, beperken het optreden van de regulator niet, maar laten hem toe te beschikken over een grotere bewegingsruimte en over flexibiliteit, zowel om de methoden voor de totstandkoming van de tarieven en de tarieven zelf te bepalen als die goed te keuren.

De Ministerraad blijft erbij dat de belangrijkste rol van de nationale regulerende instantie erin bestaat de bescherming van de netgebruikers te verzekeren. Het overleg tussen de netbeheerders en de netregulator strekt ertoe dat die laatste de belangen van de consumenten op geldige wijze kan vertegenwoordigen om te komen tot beslissingen die voor alle partijen bevredigend en evenwichtig zijn.

Ten aanzien van de bevorderende regelgevingen voert hij aan dat de wet de kostencategorieën waarop die betrekking hebben, niet vaststelt, maar zich ertoe beperkt de specifieke indicatoren te preciseren waarop de regulator in het bijzonder moet toezien. Het gaat dus niet om een aantasting van zijn onafhankelijkheid of de gevolgen ervan, maar een en ander past in het perspectief dat in de interpretatieve nota van de Europese Commissie wordt geschetst.

Tweede subonderdeel

A.25.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die een artikel 12, § 3, eerste lid, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit), en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die een artikel 15/5bis, § 3, eerste lid, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel aangegeven bepalingen, in zoverre zij de CREG ertoe verplichten een ontwerp van tariefmethodologie voor te leggen aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, met alle documenten die noodzakelijk zijn om haar beslissing te motiveren, terwijl de regulerende instantie, die exclusief bevoegd is op tariefvlak, bevoegdheden op onafhankelijke wijze moet uitoefenen door middel van beslissingen die rechtstreeks uitvoerbaar zijn, zonder mogelijke controle door een politiek orgaan, en terwijl de uitoefening van een onafhankelijke regulerende controle een voorwaarde voor de niet-discriminerende toegang tot het net vormt, en zulks overeenkomstig artikel 35, leden 4 en 5, artikel 37, leden 2, 4, onder a), en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, en de artikelen 39, leden 4 en 5, 41, leden 2, 4, onder a), en 10, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009.

A.25.2. De CREG wijst erop dat de opmerking van de Raad van State in verband met dat optreden van de Kamer van volksvertegenwoordigers niet volledig is gevolgd door de wetgever. De bestreden bepalingen voeren een vorm van herziening van een ontwerp van besluit in die bovendien discriminerend is, aangezien die de netbeheerders die onder hun aandeelhouders politieke entiteiten tellen, en de netgebruikers die structureel aan die beheerders zijn verbonden, dreigt te bevoordelen.

A.25.3. De Ministerraad voert de overwegingen 34 en 30 van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG aan om te doen gelden dat de bij de bestreden wet ingevoerde parlementaire controle in overeenstemming is met die richtlijnen (hetgeen de interpretatieve nota van de Europese Commissie bevestigt) en was aanvaard in het arrest nr. 131/2010 (B.5 en B.7). De rol van de Kamer van volksvertegenwoordigers is overigens beperkt tot een onderzoek *ex ante* ten gevolge van de opmerkingen van de Raad van State en men zou niet verder kunnen gaan zonder een fundamenteel beginsel van onze grondwettelijke organisatie, namelijk de uitoefening van een democratische controle door de wetgevende macht, te bedreigen.

Ten aanzien van de kritiek die steunt op een vermeende discriminatie waaruit de netbeheerders met politieke entiteiten onder hun aandeelhouders en de netgebruikers die aan hen zijn verbonden, voordeel zouden halen, is het zo dat die niet gegrond is om dezelfde reden als die welke in A.24.7 is aangegeven.

A.25.4. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad zich vergist wat de door haar geformuleerde kritiek betreft. Zij brengt niet de parlementaire controle in het geding, maar de concrete voorwaarden van de maatregel, die een verboden aantasting van haar onafhankelijkheid inhoudt. Het arrest nr. 130/2010 heeft zich niet uitgesproken over de bestreden bepalingen, maar heeft de delegatie van de soevereiniteit van het Parlement bij de oprichting van onafhankelijke instanties onder de impuls van de Europese wetgeving aanvaard. Dat sluit de handhaving van een democratische controle niet uit, maar houdt niettemin in dat men afziet van de reflexen die zijn verbonden aan een traditioneel referentiekader dat niet meer actueel is. Het arrest nr. 97/2011 heeft overigens een wet afgekeurd tot geldigverklaring van een koninklijk besluit dat de door de CREG voorgestelde tariefmethodologie wijzigt. Het parlementaire optreden moet dus geval per geval worden onderzocht en zelfs indien niets erop aan te merken is dat de Kamer van volksvertegenwoordigers zich uitspreekt over een ontwerp van tariefmethodologie, is het toch zo dat de bestreden bepalingen in strijd lijken met het Europees recht. De regelmatigheid ervan vloeit niet voort uit het feit dat de controlemaatregel *ex ante* plaatsheeft.

De discriminatie in het voordeel van de netbeheerders met politieke entiteiten onder hun aandeelhouders en de netgebruikers die aan hen zijn verbonden, kan volgens de CREG niet worden ontkend op basis van de bepalingen met betrekking tot de ontvlechting van de eigendomsstructuren, aangezien die bepalingen de ontvlechting beogen tussen de transmissie- en de productie- of leveringsactiviteit, en niet de banden tussen de netbeheerders en de politieke entiteiten.

A.25.5. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat het ontwerp dat de CREG aan de Kamer van volksvertegenwoordigers meedeelt, haar ertoe zal brengen een verslag op te stellen dat op alle vlakken kan worden gelijkgesteld met een advies dat voor de regulator niet dwingend is. Voor het overige is hij van mening dat de verzoekende partij de Europese voorschriften inzake de ontvlechting van de eigendomsstructuren die elk risico van discriminatie onder netbeheerders wegnemen, niet kent.

Derde subonderdeel

A.26.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die een artikel 12, § 4, eerste lid, eerste zin, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit), en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die een artikel 15/5^{ter}, § 4, eerste lid, eerste zin, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre zij erin voorzien dat de CREG ertoe gehouden is de tariefmethodologie mee te delen aan de netbeheerders uiterlijk zes maanden vóór de datum waarop die laatstgenoemden hun tariefvoorstel moeten indienen, terwijl de regulerende instantie, die exclusief bevoegd is op tariefvlak, geen instructies mag ontvangen en snel dwingende beslissingen moet kunnen nemen en de wijziging van de toegepaste methodologieën aanvragen, en terwijl de uitoefening van haar controle niet discriminerend mag zijn, overeenkomstig artikel 35, leden 4 en 5, artikel 37, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.26.2. De CREG is van mening dat de bestreden bepalingen geen algemene beleidsrichtsnoer zijn, maar een injunctie die bovendien alleen de netbeheerders en de aan hen verbonden gebruikers bevoordeelt, omdat niet erin is voorzien de methodologieën mee te delen aan de (andere) netgebruikers die belang erbij kunnen hebben dat die methodologie rekening houdt met de situatie gedurende de termijn van zes maanden vóór de indiening van de tariefvoorstellen. De in het subonderdeel van het middel aangeklaagde ongrondwettigheid is des te meer evident daar de richtlijnen uitsluitend voorzien in de « voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande » bepaling van de tarieven of methoden.

A.26.3. Ook hier verwijst de Ministerraad naar de Europese voorschriften voor een « betere regelgeving » teneinde de termijn van zes maanden te verantwoorden waarin de bestreden bepalingen voorzien en geeft hij aan dat een dergelijke termijn toegestaan is om zich ervan te vergewissen dat de partijen daadwerkelijk overleg plegen over elementen die het de netbeheerders mogelijk maken hun investeringen zo goed mogelijk te kwantificeren en voor alle partijen bevredigende tariefvoorstellen te formuleren. Er is evenmin sprake van discriminatie ten opzichte van de netgebruikers, aangezien de CREG tot doel heeft de belangen van de consument te waarborgen en te verdedigen; de Ministerraad verwijst ook hier naar hetgeen in A.24.7 is opgemerkt.

A.26.4. In haar memorie van antwoord verwijst de CREG naar hetgeen is vermeld in A.24.10 in verband met de vermeende verplichting van een betere regelgeving en in A.24.14 en A.25.4 in verband met de discriminaties tussen de netbeheerders en de andere bij de tarieven betrokken partijen.

In tegenstelling tot wat uit de memorie van de Ministerraad blijkt, heeft de grief geen betrekking op het verplichte overleg tussen de CREG en de netbeheerders, maar op de termijn tussen de aanneming van de methodologieën en de inwerkingtreding ervan, tijdens welke de wet de CREG verbiedt die methodologieën te wijzigen.

A.26.5. In zijn memorie van wederantwoord verwerpt de Ministerraad die argumentatie van de verzoekende partij door aan te geven dat de termijn van zes maanden ertoe strekt een perfect overleg tussen de netbeheerders en de nationale regulerende instantie te verzekeren. Het gaat om een termijn van beraad die het mogelijk maakt te komen tot een tariefvoorstel dat zo goed mogelijk overeenstemt met de tariefmethodologie en dus niet om de belemmering van de uitoefening, door de regulator, van diens bevoegdheden.

Vierde subonderdeel

A.27.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die een artikel 12, §§ 7 en 8, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit), en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die een artikel 15/5bis, §§ 7 en 8, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre zij aan de CREG een procedure voor de goedkeuring van de tarieven opleggen bij gebrek aan een akkoord met de netbeheerders, en aldus afbreuk doen aan de functionele onafhankelijkheid van de regulator, aantasting die in strijd is met artikel 35, leden 4 en 5, artikel 37, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.27.2. De CREG wijst erop dat de Europese Commissie uitdrukkelijk heeft bevestigd dat de regulator zelf zijn beslissingsprocedures moet vaststellen; de logge procedure waarin de bestreden wet voorziet, belet de regulator evenwel volledig controle te hebben over de totstandkoming van de tarieven wegens de « redelijke termijnen » waarover de netbeheerders beschikken bij elke stap van de procedure. De Raad van State had zelf opgemerkt dat die bepaling zou afwijken van de gemeenschapsnormen en de wijziging van het ontwerp, naar aanleiding van die opmerking waarmee een in aantal dagen uitgedrukte termijn is vervangen door een « redelijke » termijn, accentueert het probleem. Het gegeven dat de procedure het voorwerp kan uitmaken van een akkoord tussen de CREG en alleen de netbeheerders, doet niets af aan die kritiek, omdat de onafhankelijkheid van de regulator niet kan afhangen van een akkoord met de private ondernemingen.

Overigens, door een regeling van voorlopige tarieven vast te stellen, legt de wet de CREG op in welke gevallen die tarieven van toepassing zijn en voor hoe lang. Dat zijn beslissingen die ressorteren onder de regulator.

Ten slotte kennen de bestreden bepalingen ook hier aan de netbeheerders en aan de aan hen verbonden gebruikers waarborgen toe die zij niet toekennen aan de andere gebruikers, noch aan de consumenten.

A.27.3. De Ministerraad verwijst naar het Europees beginsel van betere regelgeving, waarnaar reeds is verwezen, om de procedure van goedkeuring van de tarieven te verantwoorden, en naar artikel 37, lid 2, en artikel 41, lid 2, van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG die de bevoegdheden van de regulator bepalen, om het argument te weerleggen volgens hetwelk alleen de netbeheerders een volledige controle zouden hebben over het proces van de totstandkoming en de goedkeuring van de tarieven : het participatieve proces maakt het gewoon mogelijk te komen tot tariefbeslissingen waarover de partijen hebben onderhandeld en die voor hen

evenwichtig zijn; het doet geen afbreuk aan de onafhankelijkheid van de regulator, noch aan zijn tariefbevoegdheid, daar de uiteindelijke beslissing aan hem wordt voorgelegd, en het kan het aantal beroepen doen afnemen.

A.27.4. Ten aanzien van de « redelijke termijnen » waarin de bestreden wet voorziet, wijst de Ministerraad erop dat die zowel aan de netbeheerders als aan de CREG zelf worden toegekend en, wat de eerstgenoemden betreft, verantwoord zijn door de noodzaak om hen in staat te stellen de wezenlijke economische aspecten van een nieuw tariefvoorstel en de kosten in te schatten, waarmee de regulatoren overigens op grond van de richtlijnen rekening moeten houden. Zij verliezen daarom nog niet hun bevoegdheid om dwingende beslissingen te nemen ten aanzien van de elektriciteitsondernemingen, aangezien de regulatoren slechts over een dergelijke bevoegdheid beschikken wanneer die ondernemingen niet voldoen aan de aan hen opgelegde verplichtingen en aangezien geen enkele verplichting ten aanzien van de netbeheerders wordt opgelegd inzake de goedkeuring van tarieven (zie overweging 37 van de richtlijn 2009/72/EG).

Ten aanzien van de voorlopige tarieven voert de Ministerraad aan dat de verzoekende partij de wet verkeerd leest : die wet beperkt zich ertoe te voorzien in het gebruik van voorlopige tarieven wanneer de netbeheerders niet voldoen aan hun verplichtingen inzake het voorafgaande of minimale overleg of wanneer hun tariefvoorstel door de regulator is geweigerd. Alleen die twee omstandigheden kunnen leiden tot een vertraging in het proces voor de aanneming van de tarieven, maar zij verwijzen naar de vereisten van de richtlijnen inzake de voorlopige tarieven (artikel 37, lid 10, en artikel 41, lid 10, van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG). Wat de toepassingsduur van die tarieven betreft, heeft de wetgever die beperkt door erin te voorzien dat die eindigt wanneer definitieve tarieven worden aangenomen, hetgeen in overeenstemming is met de vereiste van stabiele en voorzienbare tarieven die voortvloeit uit de noodzaak om de voorziening te waarborgen.

Ten slotte, in de veronderstelling dat de verzoekende partij belang erbij heeft een dergelijk argument te verdedigen - *quod non* -, kan niet worden aangenomen dat de wet een discriminatie zou teweegbrengen in het nadeel van de gebruikers en de consumenten, omdat het, zoals reeds is gezegd, aan de regulator staat te waken over hun belangen.

A.27.5. In haar memorie van antwoord verwijst de CREG naar hetgeen zij heeft opgemerkt in verband met de eerste drie subonderdelen van het middel; zij onderstreept daarnaast dat noch de bevoegdheid inzake de uiteindelijke beslissing die haar toekomt, noch de verplichting, voor de tarieven, om de kosten te weerspiegelen (het betreft de inhoud van de tarieven) volstaan om aan te tonen dat haar onafhankelijkheid en haar tariefbevoegdheden niet zijn geschonden. De mogelijkheid om administratieve geldboeten op te leggen - waarin bepalingen voorzien die de richtlijnen niet correct omzetten, zoals is opgemerkt in het zevende subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel - vormt evenmin een relevant argument : het is moeilijk denkbaar dat de CREG een speler bestraft die de procedure voor de goedkeuring van de tarieven heeft nageleefd en de bevoegdheid om geldboeten op te leggen, herstelt niet de bevoegdheid om tariefbeslissingen snel en doeltreffend te kunnen nemen.

Wat de voorlopige tarieven betreft, vormt het antwoord van de Ministerraad een erkenning van de gegrondheid van het middel en het argument afgeleid uit de bevoegdheid van de Staten inzake de veiligheid van de energievoorziening is fundamenteel verkeerd : het is immers wegens te frequente politieke ingrepen die gedekt werden door motieven die even kneedbaar zijn als dit motief, dat de Europese wetgever een functionele onafhankelijkheid van de regulator en zijn exclusieve bevoegdheid inzake tarieven heeft willen waarborgen. De strikte gevallen waarin de richtlijnen het de Staten mogelijk maken af te wijken van hun bepalingen door te steunen op de noodzaak om de energievoorziening te verzekeren, zijn niet die waarin de Ministerraad dat argument aanvoert om de bestreden bepalingen te verantwoorden. En zelfs in de gevallen waarin de voorzieningszekerheid een afwijkende verplichting van openbare dienst verantwoordt, moet daarvan nog kennis worden gegeven aan de Europese Commissie en moet die evenredig zijn. Aangezien de richtlijnen reeds bepalingen met betrekking tot de voorzieningszekerheid bevatten, lijkt het uitgesloten dat die nog een afwijkende verplichting van openbare dienst kan verantwoorden. Een andere mogelijkheid om af te wijken van de richtlijnen is bepaald in artikel 42 van de richtlijn 2009/72/EG en in artikel 46 van de richtlijn 2009/73/EG in geval van plotselinge crisis. Maar een dergelijke omstandigheid wordt niet aangevoerd. In werkelijkheid is er geen plaats meer voor regale maatregelen inzake nettarieven, zelfs wanneer die zijn verantwoord door een motief van voorzieningszekerheid. Hoewel die zekerheid verantwoordt dat er maatregelen worden genomen, moet dat gebeuren op andere domeinen, waar zij veel doeltreffender zijn dan op het vlak van de tarieven. Ten slotte heeft het Hof in zijn arrest nr. 97/2011, net als de afdeling wetgeving van de Raad van State, bepalingen afgekeurd waarmee de wetgever tussenkwam in de totstandkoming van de tariefmethodologie.

A.27.6. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de uitoefening, door de federale wetgever, van diens bevoegdheid inzake de procedure voor de totstandkoming en de goedkeuring van de tarieven, niet van dien aard is een inbreuk te vormen op de bevoegdheid van de CREG en niet kan worden verward met de uitoefening van diens tariefbevoegdheid. De noodzaak om tarieven aan te nemen die de kosten weerspiegelen, wordt uitdrukkelijk beoogd in overweging 36 van de richtlijn 2009/72/EG en in overweging 32 van de richtlijn 2009/73/EG.

Ten aanzien van de voorlopige tarieven is de Ministerraad van mening dat de wetgever bevoegd is om zich te vergewissen van een procedure van overleg tussen de partijen - het gaat niet erom de Koning in staat te stellen de tarieven te bepalen, zoals in het bij het arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011 (B.9.5) afgekeurde geval -, en om algemene beleidsrichtsnoeren vast te stellen die ertoe strekken de voorziening van het land te waarborgen, en zulks overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn 2005/89/EG en artikel 4 en de overwegingen 5 en 25 van de richtlijn 2009/72/EG.

In ondergeschikte orde verzoekt de Ministerraad het Hof aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag te stellen over de interpretatie van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG in het licht van de voormelde richtlijn 2005/89/EG :

« Staan artikel 194, lid 1, onder b), en lid 2, alinea 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, in samenhang gelezen met artikel 35, leden 4 en 5, en artikel 37, leden 1, 4, 6 en 10, van de 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, met artikel 39, leden 4 en 5, en artikel 41, leden 1, 4, 6, onder a), en 10, van de 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, en met artikel 3, leden 2 en 3, van de richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen, een lidstaat toe, teneinde zijn energievoorzieningszekerheid te verzekeren, een politiek kader betreffende de voorzieningszekerheid vast te stellen, kader waarin de nationale regulerende instantie haar tariefbevoegdheid moet uitoefenen ? ».

Ten aanzien van de vier subonderdelen

A.27.7. De dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRAX WEST zijn van mening dat de vier subonderdelen op dezelfde argumenten zijn gegrond. Zij voeren aan dat de definitie van de tariefprocedures geen aan de regulator voorbehouden bevoegdheid is. De richtlijnen kennen hem weliswaar goed gedefinieerde minimale tariefbevoegdheden toe (artikel 37, leden 4, 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, leden 4, 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG), namelijk de tarieven of de berekeningsmethode daarvan goedkeuren of definiëren, eisen dat de netbeheerders de tarieven of de berekeningsmethodes wijzigen, de tarieven, de berekeningswijzen in geval van vertraging en, in voorkomend geval, de compensatiemaatregelen voorlopig vaststellen of goedkeuren, en die bevoegdheden snel en doeltreffend uitoefenen. Die bevoegdheden vallen dus niet onder de wetgever, maar maken van de tariefprocedures geen exclusieve bevoegdheid van de CREG. Een en ander wordt bevestigd door de vaste rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel, waarover de CREG met geen woord rept. Zij verwijst weliswaar naar een « interpretatieve nota van de Europese Commissie », maar die nota is in werkelijkheid een werkdocument van ambtenaren van de Commissie die dus niet de juridische waarde heeft die de CREG eraan geeft, noch zelfs, wat de inhoud betreft, de draagwijdte die zij eraan geeft : daarin wordt nergens aangegeven dat de regulator de procedureregels inzake tarieven zelf moet kunnen vaststellen, maar daarin wordt, integendeel, de regulator, om redenen van transparantie, ertoe verplicht zijn eigen procedureregels bekend te maken, met andere woorden zijn huishoudelijk reglement. In tegenstelling tot wat de CREG beweert, maakt het advies van de Raad van State het evenmin mogelijk te beweren dat de tariefprocedure alleen ressorteert onder de regulator : het advies beperkt zich ertoe aan te geven, zoals de rechtsleer dat ook doet, dat de wetgever geen dermate dwingende regels kan aannemen dat die de bevoegdheid van de CREG zouden beperken. De bepalingen van het voorontwerp van wet hadden dat karakter weliswaar, maar zij zijn daarna geamendeerd teneinde rekening te houden met het advies van de Raad van State : de door de tariefprocedure bepaalde termijnen moeten « redelijk » zijn, hetgeen het dwingende karakter ervan wegneemt dat de CREG haar vrijheid van handelen ontnam. Men is aldus teruggekeerd naar de vroegere regeling, die de CREG zelf had voorgesteld. De aan de CREG opgelegde vereisten inzake het opstellen van de processen-verbaal en inzake motivering zijn niet overdreven en vormen geenszins een keurslijf dat haar bevoegdheden beperkt. Aangezien zij bovendien belangrijke reglementaire bevoegdheden uitoefent zonder een democratische legitimiteit te hebben, is de vereiste van een motivering allesbehalve onverantwoord.

A.27.8. De dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRAX WEST betwisten ook de interpretatie die de CREG geeft van artikel 12bis, § 2, derde lid, en § 8, van de Elektriciteitswet en van artikel 15/5ter, § 2, derde lid, en § 8, van de Gaswet volgens welke de netbeheerder zich op het begrip « redelijke termijn » zou kunnen beroepen om de besluitvormingsprocedures te vertragen en de regulator te beletten zijn bevoegdheden snel en doeltreffend uit te oefenen. Die beslissingen geven weliswaar niet aan wie die redelijke termijn vaststelt, maar zij moeten, krachtens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, worden geïnterpreteerd op een wijze die in overeenstemming is met de richtlijn en bijgevolg in die betekenis dat het steeds aan de CREG toekomt om de redelijke termijn vast te stellen.

Zij betwisten ook de discriminatie waarvan de netgebruikers het slachtoffer zouden zijn ten opzichte van de netbeheerders in het licht van de procedurele waarborgen en de mogelijkheden om een akkoord met de CREG te sluiten, die aan de laatstgenoemden zouden zijn voorbehouden. Het gaat immers niet om vergelijkbare categorieën wat de tariefreglementering betreft: de laatstgenoemden zijn immers gehouden tot verschillende verplichtingen en de distributietarieven vertegenwoordigen het grootste deel van hun inkomsten, zij moeten hun tariefvoorstellen opmaken in overeenstemming met de berekeningsmethodes die de CREG vaststelt en moeten aan die laatste verslag uitbrengen over hun kosten. Het is essentieel dat zij nauw betrokken worden bij de opstelling van die berekeningsmethodes, zo niet worden die in de praktijk onwerkbaar. Dat kan niet worden gezegd van de netgebruikers, die ten slotte reeds beschikken over een « beschermer », in de persoon van de CREG. Het deel dat de netbeheerders voor hun rekening nemen in de tariefprocedures, is bovendien geenszins onevenredig, vermits zij niet beschikken over een vetorecht en alleen standpunten kunnen formuleren of voorstellen kunnen indienen. Niets verbiedt overigens de CREG ook de netgebruikers te horen.

A.27.9. Volgens de verzoekende partijen voert de CREG ten onrechte aan dat de uitoefening van haar tariefbevoegdheden zou afhangen van een akkoord met de netbeheerders, aangezien de voormelde bepalingen van de Elektriciteitswet en van de Gaswet, bij gebrek aan een akkoord, voorzien in « standaardprocedures » die de CREG moet toepassen.

Ten onrechte bekritiseert de CREG ook de verplichting die op haar rust om aan de Kamer van volksvertegenwoordigers haar voorstellen voor een tariefmethodologie te bezorgen. Het spreekt vanzelf dat de volksvertegenwoordigers opmerkingen zullen kunnen formuleren, maar de CREG kan vrij beslissen daarmee al dan niet rekening te houden. Het is evenmin juist te beweren dat de distributienetbeheerders waarvan de aandeelhouders lokale overheden zijn, worden bevoordeeld, daar zij niet meer invloed hebben bij de parlementsleden dan de leveranciers of de verbruikersverenigingen, die bovendien over betrouwbare tussenpersonen beschikken. Men zou niet kunnen aannemen dat het Parlement zelfs niet de mogelijkheid heeft voorstellen van de CREG te onderzoeken of opmerkingen erover te formuleren, terwijl het reeds niet conform de Belgische grondwettelijke traditie is dat de reglementering die zij uitwerkt, wordt onttrokken aan de bevoegdheid van de democratisch verkozen wetgever.

A.27.10. De dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRAX WEST voeren, in tegenstelling tot de CREG, aan dat de aan die laatste opgelegde verplichting om haar tariefmethodes mee te delen aan de distributienetbeheerders zes maanden voor de termijn waarover zij beschikken om hun tariefvoorstellen in te dienen, geen afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van de CREG en verantwoord is door de noodzaak om het de netbeheerders mogelijk te maken rekening te houden met die elementen voor de berekening van hun tarieven en om hun boekhouding aan te passen. Het is niet discriminerend dat die verplichting alleen bestaat voor de netbeheerders en niet voor de netgebruikers, daar de laatstgenoemden zich niet moeten aanpassen aan enige verplichting ten aanzien van die tariefmethodes en overigens beschikken over de mogelijkheid om die te raadplegen op de website van de CREG. Hoewel het juist is dat de CREG rekening kan willen houden met een mogelijke daling van verschillende parameters tijdens de in het geding zijnde periode van zes maanden, staat het haar vrij daarin te voorzien in haar tariefmethodes.

A.27.11. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel waarnaar de verzoekende partijen verwijzen, slechts bestaat uit enkele arresten die zijn uitgesproken in een juridisch kader dat niet langer relevant is en die daarna zijn tegengesproken door het arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011. Voor het overige wordt verwezen naar hetgeen zij heeft uiteengezet in A.24.9 tot A.24.15, A.25.4, A.26.4 en A.27.5.

A.27.12. Ten aanzien van de verplichting om de methodologieën zes maanden op voorhand mee te delen, is de CREG van mening dat de vaststelling van abstracte parameters volgens hun waarde in de maand die voorafgaat aan de indiening van tariefvoorstellen teneinde vooruit te lopen op de wijzigingen die zouden

plaatshebben gedurende de periode van mededeling, geen enkele feitelijke oplossing inhoudt en de schending van het Europees recht duidelijk niet doet verdwijnen. Hetzelfde geldt voor het argument volgens hetwelk de bestreden bepalingen van procedurele aard zouden zijn, aangezien zij afbreuk doen aan de bevoegdheden en aan de onafhankelijkheid van de CREG.

A.27.13. In hun memorie van antwoord zijn de tussenkomende partijen IVEG en INFRA WEST van mening dat de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG aan de CREG geen enkele « exclusieve bevoegdheid van de regulator op tariefvlak » toekennen zoals haar stukken laten uitschijnen. De richtlijnen bepalen alleen dat de regulator bevoegd is om de tariefmethodologie van de distributietarieven vast te stellen of goed te keuren.

A.27.14. De tussenkomende partijen betwisten de beperkte draagwijdte die de CREG toekent aan de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel : dat Hof oordeelt dat de bevoegdheid van de CREG alleen betrekking heeft op de tariefmethodologie en zijn rechtspraak is vast vermits het gaat om vier arresten gewezen in twee jaar tijd. De eerste twee betreffen weliswaar de vorige richtlijnen, maar het onderwerp van de bevoegdheid van de regulator (de tariefmethodologieën) is niet gewijzigd door de nieuwe richtlijnen die alleen de aard ervan hebben gewijzigd door de vereiste van een goedkeuring van de tariefmethodologieën door de politieke overheid op te heffen. De twee andere arresten, gewezen in 2012, hebben wel degelijk betrekking op de richtlijn 2009/72/EG en de rechtspraak van de vier arresten wordt niet tegengesproken door het arrest nr. 97/2011, aangezien dat laatste geenszins beslist dat de regulator zou beschikken over een ruimere bevoegdheid dan die om de tariefmethodologieën te definiëren, maar duidelijk laat blijken dat die bevoegdheid geen exclusieve tariefbevoegdheid is. Dat arrest heeft alleen de bepalingen vernietigd die betrekking hadden op de algemene structuur van de tarieven en niet die met betrekking tot de procedurele tariefregels.

A.27.15. De verzoekende partijen zijn van mening dat het niet is omdat de richtlijnen de wetgever niet ermee belasten de tariefprocedure te regelen, dat die bevoegdheid uitsluitend zou vallen onder de regulator en dat de wetgever niet zou kunnen ingrijpen, omdat dit in strijd zou zijn met de artikelen 36 en 37 van de Grondwet : de wetgever heeft geen machtiging nodig die hem door het Europees recht zou worden toegekend om bepalingen aan te nemen in een zekere aangelegenheid. Bovendien verbiedt artikel 33 van de Grondwet de wetgever om aan de regulator de bevoegdheid te delegeren de procedureregels op tariefvlak vast te stellen, in het bijzonder wanneer het gaat om een normatieve bevoegdheid. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zou dat alleen anders zijn indien het Europees recht verplichtte om dat te doen, zoals is beslist in het arrest nr. 130/2010 met verwijzing naar artikel 34 van de Grondwet. De lering van dat arrest kan evenwel niet worden omgezet naar de onderhavige zaak, vermits het arrest geen betrekking had op een normatieve bevoegdheid en de daarin beoogde machtiging was opgelegd door het Europees recht.

A.27.16. De tussenkomende partijen voeren aan dat de onafhankelijkheid van de regulator zijn exclusieve tariefbevoegdheid niet impliceert. Er kan niet ernstig worden aangevoerd dat een orgaan niet onafhankelijk kan zijn indien het de procedureregels voor zijn relaties met de rechtzoekenden niet zelf kan vaststellen. Het voorbeeld van het Hof en van de hoven en rechtbanken toont het tegendeel aan.

A.27.17. De tussenkomende partijen zijn van mening dat de procedureregels op tariefvlak waarin de artikelen 12bis van de Elektriciteitswet en 15/5ter van de Gaswet voorzien, de uitoefening, door de CREG, van haar bevoegdheden niet bedreigen. Die bepalingen stellen niet het ogenblik vast waarop de CREG haar ontwerp van tariefmethodologie moet meedelen aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, zodat dat zelfs zou kunnen gebeuren nadat zij haar beslissing heeft genomen. Een eenvoudige fotokopie van het administratief dossier zal volstaan. De verplichting om de tariefmethodologie mee te delen aan de netbeheerders zes maanden vóór het verstrijken van de termijn waarin is voorzien om tariefvoorstellen in te dienen, beperkt geenszins de bevoegdheid van de CREG om die methodologie te definiëren of te wijzigen. De bestreden wet kent aan de CREG, zoals de artikelen 37, lid 10, en 41, lid 10, van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG vereisen, weliswaar niet de bevoegdheid toe om de tariefmethododes op eigen initiatief te wijzigen (tweede middel, derde onderdeel, eerste subonderdeel). Maar die vraag staat los van die van de termijn waarbinnen die wijzigingen ter kennis moeten worden gebracht van de netbeheerders en die laatsten moeten kunnen beschikken over de nodige tijd om een tariefvoorstel op te stellen.

Het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 oktober 2009 (C-474/08) beslist, in tegenstelling tot wat de CREG beweert, niet dat de regulator de procedureregels op tariefvlak zou moeten kunnen vaststellen. Het onthoudt zich integendeel ervan de betwistbare uitdrukking van de CREG waarbij « de exclusieve tariefbevoegdheid van de regulator » wordt aangevoerd, te valideren en verwijst alleen naar de tariefmethodologie.

Tweede onderdeel (richtsnoeren)

In hoofdorde

A.28.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15, 16 en 18 van de bestreden wet die een artikel 12, §§ 5 en 14, en een artikel 12^{quater}, § 2, tweede zin, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit), en de artikelen 71, 72 en 74 van de bestreden wet, die een artikel 15/5^{bis}, §§ 5 en 14, en een artikel 15/5^{quinqies}, § 2, tweede zin, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij de CREG ertoe verplichten « richtsnoeren » in acht te nemen bij de totstandkoming van de tariefmethodologie of bij het aannemen van voorlopige maatregelen op tariefvlak, hetgeen in strijd is met artikel 35, leden 4 en 5, en artikel 37, leden 1, 4, onder a), en 6, van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, onder a), en 6, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook met artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009. De wetgever vermag echter geen tariefregels aan te nemen die verder gaan dan algemene beleidsrichtsnoeren en kan in elk geval, bij het aannemen ervan, alleen rekening houden met de belangen van uitsluitend de netbeheerders.

De CREG voert aan dat de richtlijnen zich verzetten tegen elke richtsnoer van de wetgever op tariefvlak, zodat de bestreden bepalingen niet verenigbaar zijn met die richtlijnen. Zij zijn ook discriminerend in zoverre zij alleen de netbeheerders en de aan hen verbonden gebruikers beogen, terwijl de andere gebruikers en de consumenten de aan de eerstgenoemden verleende waarborgen niet genieten.

De Raad van State heeft die discriminatie erkend, maar de wetgever heeft zich ertoe beperkt de draagwijdte van de betrokken bepalingen te verlichten.

A.28.2.1. De Ministerraad voert in hoofdorde aan dat de richtsnoeren worden genomen ter uitvoering van het Europees recht, namelijk artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG, die voorzien in algemene richtsnoeren die door de Regering worden vastgesteld. De interpretatieve nota van de Europese Commissie en de wetgeving van andere lidstaten, zoals wordt opgemerkt in de parlementaire voorbereiding en in de rechtsleer, gaan in dezelfde zin. Hij voert aan dat de bepalingen betreffende de richtsnoeren zijn genomen met inachtneming van het Belgisch recht (aangezien zij herinneren aan de beginselen van behoorlijk bestuur) en passen in de continuïteit van de praktijk van de CREG, aangezien de wetgeving reeds eerder dergelijke bepalingen bevatte en noch door de rechtsleer, noch door de rechtspraak werd betwist; het zijn geen regels ten gronde op tariefvlak. Het wetsontwerp is in dat opzicht gewijzigd om rekening te houden met het advies van de Raad van State, en zulks na afloop van besprekingen met de Europese Commissie, die in haar interpretatieve nota aanvaardde dat de Staten richtsnoeren kunnen aannemen en geen negatief bezwaar heeft geformuleerd.

A.28.2.2. Volgens de Ministerraad zouden de bestreden bepalingen niet discriminerend kunnen zijn, omdat de beginselen van exhaustiviteit en transparantie, dekking van de kosten, zekerheid ten aanzien van de gedekte periode, niet-discriminatie en evenredigheid van toepassing zijn op alle netgebruikers. Richtsnoeren die van toepassing zijn op andere netgebruikers zouden niet kunnen worden aangenomen zonder dat dit een verboden tussenkomst vormt in de taken inzake de regulering van de markt waarmee de regulator is belast.

A.28.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat noch de Ministerraad, noch de tussenkomende partijen antwoorden op het argument dat is afgeleid uit het feit dat noch artikel 35, lid 4, onder b), punt ii), van de richtlijn 2009/72/EG, noch artikel 39, lid 4, onder b), punt ii), van de richtlijn 2009/73/EG, het de Staten mogelijk maken richtsnoeren te formuleren die betrekking hebben op de opdrachten en bevoegdheden inzake regulering, met inbegrip van de tariefbevoegdheid. Een prejudiciële vraag hierover aan het Hof van Justitie van de Europese Unie zou derhalve zonder voorwerp zijn en de onderhavige procedure vertragen.

De hoofdlijnen van de verdediging van de Ministerraad en van de tussenkomende partijen zijn bovendien niet pertinent. Daar de bepalingen van de richtlijn duidelijk zijn, vereisen zij geen interpretatie van een nota van de Europese Commissie; een praktijk die niet in overeenstemming zou zijn met die bepalingen, kan niet worden verantwoord door tariefrichtsnoeren die in andere lidstaten bestaan, noch door beginselen van behoorlijk bestuur die niet gelijkgesteld kunnen worden met richtsnoeren die de wetgever op tariefvlak heeft vastgesteld, noch door de overeenstemming van die praktijk met het Belgisch recht, noch door het gegeven dat zij bestond vóór de

richtlijnen van het « derde energiepakket ». De rechtsleer is verdeeld over de kwestie van de bevoegdheid van de wetgever.

A.28.4. Het discriminerende karakter van de richtsnoeren wordt, volgens de CREG, bevestigd door de Ministerraad, die zich tegensprekt door te beweren dat, enerzijds, een richtsnoer dat ertoe strekt tegemoet te komen aan het belang van de netbeheerders een regelmatig optreden van de wetgever op tariefvlak vormt, en, anderzijds, het bestaan van dergelijke « wettelijke waarborgen » ten behoeve van andere categorieën van spelers een niet te verantwoorden inmenging zou vormen in de taken betreffende de regulering van de markt die onder de regulerende instantie vallen.

Bovendien belet de toepassing van richtsnoeren op de gebruikers net als op de beheerders niet dat heel wat daarvan de belangen van de laatstgenoemden dienen in zoverre zij betrekking hebben op tariefelementen die aanleiding hebben gegeven tot betwistingen van de beslissingen van de CREG door die beheerders. Ook al wordt de inmenging van een politieke instantie in de uitoefening van de regulerende bevoegdheden door middel van richtsnoeren aanvaard, dan nog mogen die laatste niet verder gaan dan algemene beleidsrichtsnoeren.

A.28.5. De CREG verwerpt eveneens het argument volgens hetwelk haar een keuze zou worden gelaten door de richtsnoeren betreffende het exhaustieve karakter van de tariefmethodologie, de dekking van de kosten, de belastingen, taksen, bijdragen van alle aard en toeslagen, de saldi als gevolg van de toepassing van de tarieven, de kwalitatieve parameters inzake kostenvergelijking en de noodelektriciteit voor de installaties voor warmtekrachtkoppeling. De richtsnoeren zouden overigens niet alleen kunnen worden verantwoord door het feit dat zij aan de regulator, bij de uitvoering ervan, een keuze laten. De kritiek van de Europese Commissie en van de Raad van State is onvoldoende in aanmerking genomen, in tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert.

A.28.6. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad de interpretatieve nota van de Europese Commissie van 22 januari 2010 aan om te doen gelden dat het wel degelijk de bedoeling was de Staten de mogelijkheid te bieden algemene beleidsrichtsnoeren uit te vaardigen, met name voor de tariefstructuur en -methodologie. Die maakten vroeger reeds het voorwerp uit van een koninklijk besluit; vandaag zijn zij bepaald bij wet, hetgeen de bewegingsruimte van de CREG vergroot. Hij voert eveneens aan dat de bevoegdheden van de regulator beperkt zijn, enerzijds, door artikel 37, lid 6, en artikel 41, lid 6, van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG, die de regulator ertoe machtigen de tarieven inzake het vervoer en de distributie of de methodes ervan vast te stellen of goed te keuren (hetgeen alternatief en niet cumulatief is) en, anderzijds, door artikel 37, lid 10, en artikel 41, lid 10, van dezelfde richtlijnen, die de regulator ertoe machtigen aan de beheerders te vragen de tarieven of de methodologieën zo te wijzigen dat zij evenredig zijn en op niet-discriminerende wijze worden toegepast. De procedureregels vallen dus niet onder de exclusieve bevoegdheid van de regulator.

A.28.7. De Ministerraad is van mening dat de richtlijnen de toepassing, op de CREG, van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaruit de richtsnoeren voortvloeien, niet beletten. Zij zijn van toepassing op alle netgebruikers, die zich overigens niet in dezelfde situatie als die van de beheerders bevinden, zodat er geen sprake zou kunnen zijn van discriminatie. De richtsnoeren kunnen zich alleen richten tot de regulator en zouden in strijd zijn met diens bevoegdheden indien zij zich richtten tot de gebruikers en er is hier geenszins sprake van enige tegenstrijdigheid.

In ondergeschikte orde

A.28.8.1. In ondergeschikte orde voert de CREG aan dat, zelfs indien de Europese Commissie, *contra legem*, aanvaardt dat de overheid, op tariefvlak, beschikt over een beperkte mogelijkheid om op te treden door middel van « algemene beleidsrichtsnoeren », dan nog is die mogelijkheid zeer beperkt, daar de richtsnoeren geen concrete voorschriften mogen zijn, algemeen (en niet precies) moeten zijn en betrekking moeten hebben op het beleid (en niet van technische aard mogen zijn). De hierna onderzochte richtsnoeren zijn echter helemaal geen algemene beleidsrichtsnoeren.

A.28.8.2. In ondergeschikte orde voert de Ministerraad aan dat de richtsnoeren wel degelijk algemene beleidsrichtsnoeren zijn die de bevoegdheden van de regulator inzake de controle van de kosten niet beperken.

A.28.9.1. Volgens de CREG verplichten de richtsnoeren betreffende het exhaustieve karakter en de transparantie van de tariefmethodologie de CREG ertoe op alles vooruit te lopen, van bij de totstandkoming van de methodologie, en die op anticipatieve wijze mee te delen aan de netbeheerders. Zij vormen een precieze instructie, terwijl, volgens het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 oktober 2009, Commissie t. Zweden, C-274/08 (punt 40), gewezen onder de gelding van een vorige richtlijn, de methodologie niet exhaustief moet zijn, maar uitsluitend een voldoende graad van voorspelbaarheid moet hebben opdat de operatoren hun kosten voor de toegang tot de netten kunnen ramen. Zij doen bijgevolg afbreuk aan de onafhankelijkheid van de CREG.

A.28.9.2. Volgens de Ministerraad waarborgt de bestreden wet, door te bepalen dat de methodologie exhaustief en transparant moet zijn, aan iedereen een onveranderlijk en voorzienbaar kader dat het de bestuurden en de netbeheerders mogelijk maakt hun tariefvoorstellen op te maken, maar de CREG niet ertoe verbiedt rekening te houden met een nieuw element of een uitzonderlijke omstandigheid die zich tijdens de geregleerde periode voordoet.

A.28.9.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad de grondslag van het middel erkent. Hij geeft toe dat de richtsnoeren afbreuk kunnen doen aan de onafhankelijkheid van de CREG en voert daarbij aan dat zij tot doel hebben de inhoud en de duur van de toepassing van de tarieven op rechtstreekse wijze te beïnvloeden. Het argument van de rechtszekerheid is niet méér gegrond dan het argument betreffende de voorzieningszekerheid, dat is weerlegd zoals gezegd in A.27.5. De Ministerraad antwoordt ten slotte niet op de argumenten afgeleid uit artikel 37, lid 2, derde alinea, van de richtlijn 2009/72/EG en uit artikel 41, lid 2, derde alinea, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.28.9.4. In zijn memorie van wederantwoord verwierpt de Ministerraad het argument dat is afgeleid uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 oktober 2009, dat is gewezen op basis van de vroegere elektriciteitsrichtlijn, waarvan de geest en de letter verschillen van die van de nieuwe richtlijnen.

A.28.10.1. Volgens de CREG vormen de richtsnoeren in verband met de dekking van alle noodzakelijke en doeltreffende kosten eveneens een technische en precieze instructie. Artikel 37, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG bepaalt echter dat de tarieven stimulerende maatregelen bevatten. Die kunnen, zij het in bepaalde uitzonderlijke gevallen, tot gevolg hebben dat sommige onnodige kosten door de tarieven worden gedekt, of integendeel dat sommige vereiste kosten niet worden gedekt. De richtsnoeren zijn overigens in strijd met artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en met artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009, in zoverre zij tot gevolg zouden hebben de dekking toe te laten van kosten die, ook al zijn zij reëel, niet overeenstemmen met die van een doeltreffende netbeheerder.

A.28.10.2. Volgens de Ministerraad belet het richtsnoer dat vereist dat alle kosten worden gedekt in de tariefmethodologie, geen herziening van het tariefvoorstel wanneer een uitzonderlijke omstandigheid zich voordoet tijdens de geregleerde periode, zoals wordt aangegeven in artikel 12, § 8, 8°, van de Elektriciteitswet en in artikel 15/5ter, § 5, 8°, van de Gaswet; het belet de CREG evenmin haar beoordelingsbevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van het al dan niet noodzakelijke karakter van de kosten.

A.28.10.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad ten onrechte verwijst naar de onvoorziene omstandigheden die een nadere bepaling vormen voor de wijziging van de tarieven die zijn goedgekeurd op basis van de tariefmethodologie, terwijl het middel de weinig voorkomende maar van bij de aanvang voorziene omstandigheid beoogt dat de regulator het nodig kan achten bepaalde vereiste kosten niet te dekken, hetgeen een element vormt bij de vaststelling van de tariefmethodologie zelf. Los van die vergissing bevestigt de Ministerraad alleen maar de gegrondheid van het argument van de verzoekende partij, waarbij de wetgever niet kan vooruitlopen op een tariefhypothese; hij zegt niets over de schending van specifieke bepalingen die in het middel worden aangevoerd.

A.28.10.4. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat men zich niet kan inbeelden dat de CREG noodzakelijke of doeltreffende kosten verwierpt. Het gaat om regels van gezond verstand die van toepassing zijn op de CREG. Het algemene richtsnoer belet niet de dekking van de kosten die voortvloeien uit de door de gewesten aan de netbeheerders opgelegde verplichtingen, noch die van de kosten die voortvloeien uit verbeteringen boven het niveau van de noodzakelijke kosten, waarbij de CREG bevoegd is om het noodzakelijke karakter ervan te beoordelen.

A.28.11.1. De CREG is ook van mening dat de richtsnoeren die vereisen dat de nettokostprijs van verplichtingen van openbare dienst in aanmerking worden genomen in de tarieven, tot gevolg lijken te hebben dat de CREG de kostprijs van de verplichtingen van openbare dienst niet volledig zou kunnen controleren, terwijl de Europese Commissie vereist dat de lidstaten een verplichting van openbare dienst definiëren en de mogelijkheid van die controle waarborgen. De Raad van State heeft ook de beperking van de mogelijkheid, voor de CREG, om de kostprijs van de verplichtingen van openbare dienst na te gaan, bekritiseerd.

De richtsnoeren, die eveneens in strijd zijn met de in A.28.10.1 bedoelde verordeningen, en om dezelfde motieven, verwarren de verplichting van openbare dienst, die door de overheid is opgelegd, met de kostprijs ervan, die afhankelijk is van de daaraan bestede budgettaire middelen. De kostprijs wordt echter vaak niet vastgesteld door de definitie van de verplichtingen van openbare dienst. De kwestie is niet theoretisch, omdat de kostprijs van de verplichtingen van openbare dienst een aanzienlijk deel van de begroting van de netbeheerders vertegenwoordigt: door de regulator een richtsnoer op te leggen volgens hetwelk de nettokostprijs van de verplichtingen van openbare dienst noodzakelijkerwijs wordt doorberekend in de tarieven, beperken de bestreden bepalingen het toepassingsgebied van de tariefcontrole in grote mate.

A.28.11.2. Door te bepalen dat in de tarieven op transparante en exhaustieve wijze rekening wordt gehouden met de nettokosten van de verplichtingen van openbare dienst, is de wet, volgens de Ministerraad, niet ambigu, aangezien de openbare dienstverplichting is gedefinieerd door de wetten en reglementen die in de bestreden bepaling worden beoogd, en doet zij geen afbreuk aan de bevoegdheid van de CREG om de kostprijs van de verplichtingen van openbare dienst en de wijze waarop de netbeheerders die opnemen in de tarieven, te verifiëren. Dat geldt des te meer daar de verplichtingen van openbare dienst vaak alleen een resultaat opleggen, zonder de kostprijs ervan vast te stellen.

A.28.11.3. In haar memorie van antwoord neemt de CREG akte van de interpretatie van de Ministerraad, maar merkt zij op dat hij niet bevoegd is om de wet te interpreteren. De wet is ambigu, zodat het Hof een alternatief dispositief zou moeten aannemen dat een onderscheid maakt tussen de mogelijke interpretaties van de hier onderzochte richtsnoeren.

A.28.11.4. In zijn memorie van wederantwoord voegt de Ministerraad eraan toe dat het in het geding zijnde algemene richtsnoer niet meer is dan de omzetting van algemene beginselen van behoorlijk bestuur die op de CREG van toepassing zijn.

A.28.12.1. De CREG bekritiseert ook de richtsnoeren, die bepalen dat de belastingen, taksen, « bijdragen van alle aard » en « bij de wet, het decreet of de ordonnantie en de uitvoeringsbesluiten ervan opgelegde toeslagen » worden toegevoegd aan de tarieven, en voert daarbij aan dat zij, zoals die welke in A.28.11.1 worden beoogd, ambigu zijn en haar lijken te beletten iets anders te doen dan een eenvoudige wettigheidscontrole ten aanzien van de betrokken elementen; zij zijn eveneens, en om dezelfde redenen, in strijd met de in A.28.10.1 beoogde verordeningen. De termen « toeslag » en « bijdrage van alle aard » die zij gebruiken, maken het mogelijk de controle van de regulator te omzeilen, in het nadeel van de netgebruikers.

A.28.12.2. Volgens de Ministerraad is de bepaling die vereist dat de richtsnoeren aan de tarieven, de bij de wet, het decreet of de ordonnantie opgelegde belastingen, taksen, bijdragen van alle aard en toeslagen toevoegen, geenszins ambigu, daar het gaat om welbekende begrippen, niet alleen in het Belgische rechtstelsel, maar ook op de website van de CREG zelf. Haar rol beperkt zich in dat opzicht ertoe na te gaan of de netbeheerders het doel in acht nemen dat de wetgever nastreefde bij de aanneming van die verschillende taksen die zelf het voorwerp hebben uitgemaakt van een jaarlijkse goedkeuring en van een parlementaire controle.

A.28.12.3. In haar memorie van antwoord betwist de CREG het duidelijke karakter van die richtsnoeren en voert zij aan dat de wettekst aan de CREG geen enkele bevoegdheid toekent om de tariefelementen die daarin worden beoogd, te controleren. In dat opzicht heeft het middel niets hypothetisch, waarbij het voorwerp van die richtsnoeren reeds tot verschillende geschillen heeft geleid.

A.28.12.4. In zijn memorie van wederantwoord voegt de Ministerraad eraan toe dat de in de bestreden bepaling beoogde begrippen zoals in het verleden moeten worden geïnterpreteerd door de CREG, met dien verstande dat haar interpretatie in overeenstemming moet zijn met de wetsbepalingen die daarop betrekking hebben en door een rechter kan worden gecontroleerd.

A.28.13.1. Volgens de CREG vormen de richtsnoeren die bepalen dat « aankopen van goederen en diensten die verricht worden met inachtneming van de wetgeving inzake overheidsopdrachten verondersteld

worden te zijn verricht tegen de marktprijs, onder voorbehoud, in voorkomend geval, van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie » geen algemene beleidsrichtsnoeren, maar een inmenging van de wetgever in de aan de regulator voorbehouden tariefbevoegdheid. Die inmenging verzwaart de bewijslast van de CREG om dergelijke kosten te verwerpen.

A.28.13.2. Volgens de Ministerraad beperken de richtsnoeren betreffende de naleving van de wetgeving op de overheidsopdrachten zich ertoe op algemene wijze ervoor te waarschuwen dat de daarop betrekking hebbende wetgeving wel degelijk van toepassing is en men ziet niet in hoe de CREG die wetgeving van openbare orde zou kunnen afwijzen.

A.28.13.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat het standpunt van de Ministerraad niet te verzoenen is met de wettekst en bevestigt zij dat de wetgever de tariefaanleggenheid heeft overgenomen, hetgeen niet meer onder zijn bevoegdheid valt.

A.28.13.4. In zijn memorie van wederantwoord verwijst de Ministerraad naar de tekst van de bestreden bepaling die de beoordelingsbevoegdheid van de CREG uitdrukkelijk aanhoudt.

A.28.14.1. Volgens de CREG vormen de richtsnoeren betreffende de opstelling en de verdeling van de saldi over de volgende gereguleerde periodes geen algemene beleidsrichtsnoeren, maar beletten zij om beslissingen te nemen volgens specifieke omstandigheden, op grond van een regulerende keuze die het juiste evenwicht vindt tussen de belangen van de netbeheerders en die van de gebruikers. In sommige gevallen moet de CREG kunnen beslissen om de saldi tijdens de gereguleerde periode te verrekenen (met name in het voordeel van de netbeheerders) of om bepaalde delen van de saldi te verrekenen op de kosten van de netbeheerders, teneinde het niet-discriminerende karakter van de tarieven te verzekeren.

A.28.14.2. Volgens de Ministerraad beperken de richtsnoeren betreffende de vaststelling en de verdeling van de saldi zich ertoe te eisen dat die saldi en, wanneer er een verdeling is, de verdeling ervan over de volgende gereguleerde periodes, op transparante en niet-discriminerende wijze worden bepaald; zij leggen geenszins op dat die saldi worden verrekend op de volgende gereguleerde periodes, hetgeen uitsluitend valt onder de bevoegdheid van de CREG.

A.28.14.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de door de Ministerraad verdedigde formalistische interpretatie ertoe leidt in elk geval te erkennen dat, wanneer er saldi door te berekenen zijn, de wetgever oplegt dat die worden doorberekend op de volgende gereguleerde periode. Dat vormt een opportuniteitskeuze die alleen ressorteert onder de regulator, zoals hij er reeds heeft gemaakt, zonder te zijn tegengesproken door het Hof van Beroep te Brussel. Geen enkele opportuniteitsbekommernis staat de wetgever toe af te wijken van de richtlijnen.

A.28.14.4. In zijn memorie van wederantwoord bevestigt de Ministerraad dat het aan de CREG staat te bepalen of er al dan niet een verdeling is.

A.28.15.1. Volgens de CREG zijn de richtlijnen die de voor de CREG bestaande mogelijkheden beperken om de kosten van de netbeheerders te vergelijken, verboden instructies, die bovendien in strijd zijn met de in A.28.10 beoogde verordeningen, en om dezelfde motieven. Zij leggen immers kwalitatieve parameters op voor elke techniek met het oog op de vergelijking van de netbeheerders en beletten in voorkomend geval de CREG om gebruik te maken van de methode die zij op wetenschappelijke wijze gebruikte, maar die zich niet echt leende voor het opnemen van kwalitatieve criteria. Die kunnen bovendien niet op materiële wijze worden opgenomen, daar er in België slechts één netbeheerder (gas of elektriciteit) is en de CREG niet bevoegd is om comparatieve kwalitatieve gegevens in het buitenland op te vragen. Zij zou evenmin de kwalitatieve aspecten van de distributienetten kunnen nagaan, daar dat element ressorteert onder de gewestelijke bevoegdheden.

Ten slotte, inzake distributie, bepalen de richtsnoeren dat de vergelijkingen betrekking moeten hebben op vennootschappen die soortgelijke activiteiten hebben en in analoge omstandigheden werken en dat de distributienetbeheerders met een gemiddelde marktdoeltreffendheid, de totaliteit van hun kosten kunnen invorderen. Die bepalingen zijn nauwkeurige technische voorschriften en zijn in strijd met het Europees recht, daar de wetgever niet bevoegd is om te beslissen dat de kosten van sommige van die beheerders niet kunnen worden gecontroleerd.

Dezelfde kritiek wordt gericht tegen de specifieke richtsnoeren die de CREG verbieden om een aantal kosten te onderwerpen aan een vergelijking tussen netbeheerders of aan een « bevorderende regelgeving ».

A.28.15.2. Volgens de Ministerraad vormen de richtsnoeren die een vergelijkingstechniek opleggen die kwalitatieve parameters integreert en op homogene, transparante, betrouwbare en bekendgemaakte of mededeelbare gegevens steunt, geen technische instructies en sluiten zij geen enkele vergelijkingsmethode uit. Overeenkomstig artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG en bijlage I erbij, beperkt de bestreden wet zich ertoe te herinneren aan de kwaliteit van de openbare dienst voor het welzijn van de eindafnemer : het staat aan de CREG om die kwaliteit te controleren en de parameters te integreren die zij zal kiezen, in voorkomend geval door in het buitenland de vereiste gegevens op te vragen, zoals artikel 38 van de voormelde richtlijn haar dat toelaat. Door te bepalen dat de vergelijkingen betrekking moeten hebben op bedrijven met een soortgelijke activiteit die in analoge omstandigheden werken, voldoet de bestreden bepaling aan het beginsel van niet-discriminatie.

A.28.15.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat het standpunt van de Ministerraad niet te verzoenen is met de wettekst en lacuneus is. De richtlijn legt geen enkele kwalitatieve parameter op aan de regulator. Bovendien zou de CREG geen kwalitatieve vergelijking van de distributienetbeheerders kunnen maken zonder gewestelijke bevoegdheden uit te oefenen. De verplichting tot samenwerking en tot uitwisseling van gegevens onder regulatoren houdt niet in dat de CREG dergelijke vergelijkingen tussen Belgische en buitenlandse beheerders moet uitvoeren, noch die mogelijk moet maken, aangezien de voorschriften met betrekking tot die verplichting een beperkt kader hebben en de regulatoren gehouden zijn tot een vertrouwelijkheidsplicht. De ervaring toont aan dat het moeilijk is de vereiste gegevens te verkrijgen. In de veronderstelling dat de methodes voor het vergelijken van de kosten die thans door de CREG worden gebruikt, in strijd zouden zijn met de vereisten van de richtlijnen - *quod non* -, zou dat niet verantwoorden dat de wetgever op tariefvlak kan optreden.

De interpretatie van de Ministerraad met betrekking tot de vergelijking die moet worden gemaakt tussen de bedrijven met een soortgelijke activiteit die onder analoge omstandigheden werken, vindt geen enkele grondslag in de bestreden wet. De andere in het verzoekschrift aangevoerde argumenten blijven onbeantwoord.

A.28.15.4. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat de CREG de bestreden bepalingen op extensieve wijze leest, bepalingen die nochtans geen technische instructie bevatten en de door de CREG gebruikte methodes en de kosten ervan niet uitsluiten. Het is artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG dat homogene, transparante, betrouwbare en bekendgemaakte gegevens vereist.

A.28.16.1. Volgens de CREG zijn de richtsnoeren volgens welke de tarieven voor noodelektriciteit voor de installaties voor kwalitatieve warmtekrachtkoppeling moeten worden opgenomen onder de tarieven van de ondersteunende diensten en in hoofdzaak volgens het gebruik, een technische en nauwkeurige instructie die een rechtstreeks optreden van de wetgever bij het bepalen van de tariefmethodologie vormt.

A.28.16.2. Volgens de Ministerraad weerspiegelen de richtsnoeren betreffende het opnemen van de tarieven voor noodelektriciteit onder de tarieven van de ondersteunende diensten, gewoon de wil van de wetgever om de toepassing te verzekeren van de richtlijn 2009/28/EG « ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG », krachtens welke hij ertoe gehouden is die te bevorderen, in voorkomend geval door middel van overheidssteun en die hem te dezen ertoe heeft gebracht de opname van de betrokken tarieven in de methodologie van de regulator te bevorderen : een en ander laat toe te verzekeren dat, in geval van energieproblemen, er voldoende stimuli zijn om die hernieuwbare bronnen zoveel mogelijk te bevorderen en, op die manier, het land wordt bevoorrad, bijvoorbeeld in geval van sluiting van de kerncentrales. Het kan hier alleen gaan om een algemeen beleidsrichtsnoer.

A.28.16.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de richtlijn 2009/28/EG van toepassing is op de energie die wordt geproduceerd uit hernieuwbare bronnen en niet de installaties voor warmtekrachtkoppeling beoogt, zodat het daaruit afgeleide argument niet relevant is. Het gegeven dat de Staten ertoe gehouden zijn hernieuwbare energie of zelfs de installaties voor kwalitatieve warmtekrachtkoppeling te bevorderen, impliceert niet dat de wetgever om het even welke maatregel kan nemen en de bevoegdheden van de verschillende overheden niet in acht neemt.

A.28.16.4. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat de energie uit warmtekrachtkoppeling wordt beschouwd als hernieuwbare energie in de zin van de voormelde richtlijn wanneer de installatie die die energie produceert, gebruik maakt van hernieuwbare energiebronnen; alles hangt af van de gebruikte kanalen en van de erkenning daarvan door de gewesten. In het Waalse Gewest zijn de groene certificaten identiek voor de energie uit warmtekrachtkoppeling en voor de hernieuwbare energie.

De Ministerraad onderzoekt vervolgens de respectieve bevoegdheden van de federale Staat en van de gewesten inzake energie en wijst erop dat, hoewel de kwalificatie van de hernieuwbare energie onder de gewesten ressorteert, de uitvoering van de prioriteit van de installaties op het vervoersnet en de tarieflijnen federale bevoegdheden zijn. De federale overheid moet rekening houden met de door de gewestelijke overheden in de tarieven gedefinieerde elementen en de bestreden bepaling belet dat niet. De verzoekende partij voert evenmin de schending van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen aan.

A.28.17. Algemeen besluit de Ministerraad dat de regulator toelaten om de tariefmethodologie vast te stellen zonder een voorafgaand wetgevend kader, zou indruisen tegen de betrokken richtlijnen. Het optreden van de wetgever vormt geen verplichting die aan de CREG wordt opgelegd, maar strekt ertoe minstens een tariefmethodologie te verzekeren in overleg met de netbeheerders teneinde beroepen te vermijden en zich te gedragen naar de voorschriften voor een betere regelgeving.

A.28.18. In uiterst ondergeschikte orde geeft de Ministerraad aan dat het Hof, indien het twijfels zou hebben bij de kwestie van de omvang van de bevoegdheid van een lidstaat om richtsnoeren inzake de tariefmethodologie aan te nemen, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag zou kunnen richten :

« Maken artikel 35, lid 4, en artikel 37, leden 1, 4, onder a), en 6, van de 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 (de Elektriciteitsrichtlijn) en artikel 37, lid 4, en artikel 41, leden 4, onder a), en 6, van de 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 (de Gasrichtlijn), in samenhang gelezen met artikel 194 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het een lidstaat mogelijk richtsnoeren inzake een tariefmethodologie vast te stellen? Maken de bepalingen het een lidstaat mogelijk de vaststelling van richtsnoeren inzake een tariefmethodologie toe te vertrouwen aan de wetgevende macht ? ».

A.28.19. De dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRAX WEST zijn van mening, waarbij zij verwijzen naar de rechtsleer, dat niet alle richtsnoeren inzake tarieven in strijd zijn met de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG : zij kunnen worden aanvaard wanneer het erom gaat de CREG aan te zetten tot het nastreven van een doel van algemeen belang of te herinneren aan grondwettelijke beginselen of beginselen van behoorlijk bestuur (artikel 12bis, § 5, 4° tot 7°, van de Elektriciteitswet en artikel 15/5ter, § 5, 4° tot 7°, van de Gaswet). De richtsnoeren die de CREG op specifieke wijze in het geding brengt, zijn daarentegen daadwerkelijk in strijd met de voormelde richtlijnen. Dat geldt aldus voor : (1) de verplichting om een « exhaustieve en transparante » tariefmethodologie op te stellen, terwijl het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 oktober 2009 (C-274/08) niet vereist dat die methodologie het mogelijk maakt de tarieven op automatische wijze te berekenen, maar gewoon dat zij een voldoende mate van voorzienbaarheid waarborgt; (2) de verplichting om een tariefmethodologie op te stellen die het mogelijk maakt een bepaald kostenniveau te dekken, hetgeen de CREG lijkt te beletten te eisen dat de doeltreffendheid boven dat niveau wordt verbeterd; (3) de verplichting om een tariefmethodologie op te stellen die rekening houdt met de nettokostprijs van de verplichtingen van openbare dienst, hetgeen de CREG belet na te gaan of die kosten redelijk zijn, terwijl, in sommige gevallen, de netbeheerder nochtans in staat is die kosten te controleren; (4) de verplichting om in de tariefmethodologie rekening te houden met de « bijdragen van alle aard » of de « toeslagen » omdat dit andere overheden dan de regulator zou toelaten distributietarieven in te voeren zonder die als dusdanig te benoemen; (5) de verplichting om rekening te houden met de marktprijs wat betreft de overheidsopdrachten, hetgeen een precieze en technische regel vormt die verder gaat dan het beginsel van de redelijkheid; (6) de regels betreffende de verrekening van de saldi over de volgende gereguleerde periodes die, hoewel zij in het algemeen verantwoord zijn, mogelijk ook moeten worden afgewezen volgens keuzes die door de CREG moeten worden gedefinieerd; (7) de verplichting om gedetailleerde voorschriften toe te passen in de vergelijkingstechnieken en bepaalde parameters als controlenorm te gebruiken (artikel 12bis, § 5, 1°, 2°, 10°, 11°, 12°, 14°, 15° en 20°, van de Elektriciteitswet en artikel 15/5ter, § 5, 1°, 2°, 10°, 11°, 12°, 14°, 15° en 20°, van de Gaswet).

Derde onderdeel (onveranderlijkheid van de tariefmethodologieën en van de tarieven)

Eerste subonderdeel

A.29.1. Volgens de CREG en volgens de dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRAx WEST schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 4, tweede lid, en 12bis, § 4, tweede lid, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en distributie van elektriciteit), en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die de artikelen 15/5bis, § 4, tweede lid, en 15/5ter, § 4, tweede lid, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel aangegeven bepalingen, in zoverre zij erin voorzien dat de tariefmethodologie van toepassing blijft gedurende de hele tariefperiode, met inbegrip van de eindbalans die betrekking heeft op die periode. Wijzigingen van de methodologie kunnen overigens pas van toepassing zijn vanaf de volgende tariefperiode, behoudens een akkoord tussen de CREG en de betrokken netbeheerders.

Die bepalingen zijn in strijd met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG en met de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 2, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG, omdat de wetgever niet beschikt over tariefbevoegdheden en de richtlijnen aan de regulator de mogelijkheid voorbehouden om de tariefmethodologieën te wijzigen, zelfs gedurende de lopende gereguleerde periode.

Het is eveneens in strijd met de richtlijnen om de toepassing van nieuwe tarieven te doen afhangen van het akkoord van de netbeheerders; de Raad van State heeft overigens opgemerkt dat de bestreden bepalingen in strijd waren met het Europees recht.

Zij zijn bovendien discriminerend, omdat, onder de bij de tarieven betrokken spelers, zoals de netgebruikers en consumenten, alleen de netbeheerders een wijziging van de methodologie tijdens de gereguleerde periode, mits een akkoord met de CREG wordt gesloten, mogelijk kunnen maken.

De aantasting van de geschonden normen is des te meer onevenredig daar, volgens de omzettingwet : (1) de netbeheerders beschikken over een initiatiefrecht om een wijziging van de tarieven tijdens de gereguleerde periode aan te vragen, in geval van nieuwe diensten, aanpassing van de bestaande diensten of « op elk ogenblik binnen de gereguleerde periode » in geval van uitzonderlijke omstandigheden; (2) de CREG ertoe gehouden is de tarieven tijdens de gereguleerde periode « automatisch » te wijzigen teneinde rekening te houden met de ontwikkeling van de verplichtingen van openbare dienst; (3) de CREG ertoe gehouden is de continuïteit te handhaven van de beslissingen die zij heeft genomen tijdens de eerdere gereguleerde periodes; (4) de minister beschikt over een recht om de CREG te vragen de methodes te wijzigen.

A.29.2. De Ministerraad is van mening dat de onveranderlijkheid van de tariefmethodologieën geen afbreuk doet aan de tariefbevoegdheid van de regulator, omdat die voldoet aan de verschillende vereisten van artikel 37, leden 6 en 8, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG, die de regulator ertoe verplichten stimulerende maatregelen te nemen teneinde de voorzieningszekerheid te waarborgen, hetgeen investeringen op lange termijn veronderstelt die worden bevorderd door de stabiliteit en de voorzienbaarheid van de prijzen tijdens een gereguleerde periode. Dat doel van stabiliteit en voorzienbaarheid van de tariefregulering vormt ook een grondslag van het Europees en nationaal energiebeleid, zoals wordt aangegeven in de 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 » en in de wet van 1 juni 2005 tot wijziging van de Elektriciteitswet. De onveranderlijkheid van de tarieven is eveneens een middel om het doel inzake de bescherming van de eindafnemer te bereiken, doel dat wordt nagestreefd bij artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG, aangezien de voorzienbaarheid tijdens de gereguleerde periode de transmissie- en distributienetbeheerders de mogelijkheid waarborgt de kwaliteit van hun diensten te verbeteren, alsook hun verbintenis ten aanzien van de consumenten over verschillende jaren. Bovendien blijft de regulator, krachtens artikel 15 van de bestreden wet, ertoe gemachtigd de tariefmethodologie tijdens de gereguleerde periode te wijzigen, rekening houdend met de ontwikkeling en het ontstaan van nieuwe verplichtingen van openbare dienst, alsook in geval van uitzonderlijke omstandigheden of wijziging van de diensten, zelfs indien de initiatiefbevoegdheid toekomt aan de netbeheerder.

A.29.3. Volgens de Ministerraad is die regel geenszins discriminerend, aangezien hij een evenwicht beoogt tussen de onafhankelijkheid van de regulator en de noodzaak om een voorzieningszekerheid te waarborgen door de tariefwijzigingen - die afbreuk kunnen doen aan de stabiliteit en aan de voorzienbaarheid van de prijzen en dus aan het investeringsbeleid van de netbeheerders - te onderwerpen aan het akkoord van die beheerders.

A.29.4. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de Ministerraad zich ertoe beperkt aan te tonen dat de tariefstabiliteit wenselijk is, hetgeen niet wordt betwist, en de exacte draagwijdte van de bestreden bepalingen te erkennen. Door bepalingen aan te voeren die de voorzienbaarheid en de stabiliteit van de tarieven beogen, verwijst de Ministerraad naar normen inzake de uitoefening van de bevoegdheden die uitsluitend aan de regulator zijn toegewezen of geen normatieve waarde hebben. Zij kennen geen enkele machtiging aan de wetgever toe. De continuïteit van de vroegere normen wordt niet op meer pertinente wijze aangevoerd, aangezien de nieuwe richtlijnen die de bestreden wet omzet, aan de regulator een duidelijk grotere onafhankelijkheid toekennen dan die welke tot dan toe was opgelegd. De zorg om de eindafnemer of de netbeheerders te beschermen, volstaat evenmin om de uitvoering, door de regulator, van diens bevoegdheden ondergeschikt te maken aan de bevoegdheid van de wetgever om een opportuiniteitsbeoordeling te maken.

A.29.5. Volgens de CREG verantwoorden de voorzieningszekerheid en de bescherming van de eindafnemers niet de discriminatie tussen, enerzijds, de netbeheerders en, anderzijds, de netgebruikers (zoals de producenten, die even onmisbaar zijn als de eerstgenoemden voor de bevoorrading van de consumenten) en de consumenten (die betrokken zijn bij de voorzieningszekerheid en bij de tarieven).

A.29.6. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad overweging 15 van de voormelde richtlijn 2005/89/EG aan, alsook de overwegingen 5 en 25 en de artikelen 3 en 4 van de richtlijn 2009/72/EG, ter ondersteuning van hetgeen hij in zijn memorie heeft verdedigd ten aanzien van de onveranderlijkheid van de tariefmethodologie en van de tarieven tijdens de gereguleerde periode: de verantwoordelijkheid voor de voorzieningszekerheid is gedelegeerd aan de Staten, zodat de algemene richtsnoeren inzake de stabiliteit en de voorzienbaarheid van de prijzen, die essentieel zijn voor die zekerheid, geen inbreuk maken op de bevoegdheden van de regulator. Zij zijn overigens noodzakelijk om de eindafnemer te beschermen op het vlak van de prijzen en de kwaliteit van de dienst.

De voormelde overweging 25 maakt het eveneens mogelijk de vereiste van een voorafgaand akkoord van de netbeheerders niet als discriminerend ten aanzien van de netgebruikers en de consumenten te beoordelen: de beheerders zijn rechtstreeks betrokken bij de tariefmethodologie die door de CREG wordt vastgesteld en op basis waarvan tarieven worden bepaald die de diensten moeten vergoeden en een rendement op de in het net vereiste investeringen moeten verzekeren.

Tweede subonderdeel

A.30.1. Volgens de CREG en volgens de dienstverlenende verenigingen IVEG en INFAX WEST schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 9, en 12bis, § 9, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit) en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die de artikelen 15/5bis, § 9, en 15/5ter, § 9, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre zij de CREG ertoe verplichten de continuïteit van haar tariefbeslissingen te verzekeren, terwijl zo nodig beslissingen moeten kunnen worden genomen die breken met het verleden, in overeenstemming met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 2, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.30.2. De CREG verwijst naar het eerste subonderdeel en voegt eraan toe dat de regulator tariefbeslissingen moet kunnen nemen die breken met het verleden, bijvoorbeeld wanneer fraude wordt vastgesteld bij de waardering van de activa, het stimulerende karakter van de tarieven wordt aangepast, of zelfs het beleid wordt gewijzigd. De instructie die uitgaat van de wet lijkt alleen het belang van de netbeheerders te beogen.

A.30.3. De Ministerraad verwijst naar het eerste subonderdeel ten aanzien van de onveranderlijkheid van de tarieven. Wat betreft de verplichting om de continuïteit te verzekeren van de tijdens de vorige gereguleerde periodes genomen beslissingen, laat die toe de netbeheerders, overeenkomstig de Europese vereisten, ertoe aan te moedigen de noodzakelijke investeringen te doen. Het aldus bereikte evenwicht tussen de onafhankelijkheid van de regulator en de noodzaak om de goede werking van de energiemarkt te verzekeren door de netbeheerders gerust te stellen die ertoe worden gebracht investeringen te doen, laat niet toe te beschouwen dat de bestreden bepalingen discriminerend zijn.

A.30.4. In haar memorie van antwoord verwijst de CREG naar hetgeen zij hiervoor heeft opgemerkt inzake de voorzieningszekerheid. De Ministerraad doet hetzelfde in zijn memorie van wederantwoord.

Derde subonderdeel

A.31.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 21 en 64 van de bestreden wet, die respectievelijk artikel 13, § 3, in de Elektriciteitswet en artikel 15/1, § 5, derde lid, in de Gaswet invoegen, de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre zij erin voorzien dat de minister van Energie aan de CREG kan vragen om zich uit te spreken over de noodzaak om de methodologieën inzake vervoerstarieven te herzien, terwijl de tariefbevoegdheid uitsluitend valt onder de bevoegdheid van de regulator, die niet door de overheid mag worden beïnvloed, overeenkomstig artikel 35, leden 4, 5 en 6, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, leden 4, 5 en 6, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.31.2. De CREG onderstreept dat de Raad van State de bestreden bepalingen overbodig heeft geacht en in voorkomend geval in strijd met het Europees recht, en dat de wijzigingen die naar aanleiding van dat advies in het ontwerp zijn aangebracht, het aangevoerde risico niet doen verdwijnen. Zij zijn bovendien discriminerend, omdat men niet inziet wat verantwoordt dat zij alleen van toepassing zijn op de transmissienetbeheerders (en niet op de distributienetbeheerders).

A.31.3. De Ministerraad voert aan dat de bevoegdheid van de minister geen inbreuk maakt op de bevoegdheden van de CREG, omdat die geen dwingend karakter heeft; zij is verantwoord door de zorg om de continuïteit van de energievoorziening te waarborgen, zoals wordt aangegeven in de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet en zulks, overeenkomstig de voormelde richtlijnen - zoals artikel 4 van de richtlijn 2009/72/EG - en de interpretatieve nota van de Europese Commissie. De aan de minister toegekende bevoegdheid past aldus in het kader van het energie- en milieubeleid dat ressorteert onder de regale bevoegdheid van de lidstaat en strekt dus niet ertoe zich te mengen in de bevoegdheden van de CREG.

A.31.4. In haar memorie van antwoord is de CREG ook hier van mening dat de bekommelingen betreffende de voorzieningszekerheid en het milieubeleid niet volstaan om de wetgever ertoe te machtigen van de richtlijnen af te wijken.

Vierde subonderdeel

A.32.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 8, 7°, 8° en 9°, en 12bis, § 8, 7°, 8° en 9°, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit) en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die de artikelen 15/5bis, § 8, 7°, 8° en 9°, en 15/5ter, § 8, 7°, 8° en 9°, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel vermelde bepalingen in zoverre die aan de beheerders het recht toekennen om een tariefwijziging tijdens de geregleerde periode aan te vragen in geval van een aanpassing van de diensten of van uitzonderlijke omstandigheden, en in zoverre die bepalingen de procedure vaststellen die op dergelijke tariefwijzigingen van toepassing is. Die bevoegdheden komen echter toe aan de regulator, overeenkomstig de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.32.2. De CREG verwijst naar hetgeen is uiteengezet in A.24.1 en A.29.1 en voegt eraan toe dat de wetgever de regulator niet ertoe kan verplichten de tarieven aan te passen in het licht van de ontwikkeling van de verplichtingen van openbare dienst van de netbeheerder. Bovendien zijn de bestreden bepalingen discriminerend in zoverre de mogelijkheid waarin zij voorzien, alleen wordt geboden aan de netbeheerders.

A.32.3. De dienstverlenende verenigingen IVEG en INFRA X WEST zijn van mening dat het aan de regulator moet staan om het initiatief voor een tariefwijziging te kunnen nemen, overeenkomstig artikel 37, lid 10, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 10, van de richtlijn 2009/73/EG. Een en ander verantwoordt echter niet, in tegenstelling tot wat de CREG beweert, dat de netbeheerders een dergelijk initiatief niet zelf kunnen nemen door de regulator te vragen om op te treden.

A.32.4. De Ministerraad voert aan dat de aan de netbeheerders toegekende bevoegdheid geenszins afbreuk doet aan de bevoegdheden van de CREG in zoverre hun initiatief, dat is onderworpen aan voorwaarden die strikt zijn afgebakend door de bestreden wet, volledig aan het oordeel van de regulator wordt overgelaten. Die

bevoegdheid wordt ook hier verantwoord door de zorg om de voorzieningszekerheid van de lidstaten, die aan hen toekomt en vereist dat het investeringsbeleid van de netbeheerders steunt op een zichtbaarheid en een voorzienbaarheid van de tarieven. Zij kan een constructieve dialoog bevorderen tussen hen en de regulator, overeenkomstig het door de Europese normen nagestreefde doel van een « betere regelgeving ».

A.32.5. De Ministerraad voegt daaraan toe dat de verplichting om de tarieven aan te passen aan de ontwikkeling van de verplichtingen van openbare dienst van de netbeheerder rechtstreeks voortvloeit uit de bepalingen van de richtlijnen die de bestreden wet uitvoert, zoals overweging 46 en artikel 36 van de richtlijn 2009/72/EG.

Aangezien ten slotte de wetgever de bepalingen van de richtlijnen met betrekking tot de voorzieningszekerheid van het land strikt heeft toegepast, zou hij geen discriminerende bepaling hebben kunnen aannemen.

A.32.6. In haar memorie van antwoord verwijst de CREG naar hetgeen zij reeds heeft vermeld inzake de voorzieningszekerheid en het Europees beginsel van een betere regelgeving. De wet beperkt overigens niet de gevallen waarin de netbeheerders om een tariefwijziging kunnen vragen tot die van de noodzaak om de bevoorrading te waarborgen, die in de parlementaire voorbereiding bovendien niet wordt aangevoerd. Die mogelijkheid alleen voorbehouden aan de netbeheerders wegens het investeringsrisico is niet verantwoord, daar dat risico een element van de tariefmethodologie is, en men ziet moeilijk in hoe een ander het belang van de consument zou beschermen. De interpretatieve nota van de Europese Commissie laat de Staten weliswaar, *contra legem*, toe een beleid in de tariefcontext te volgen, maar dat zou de wetgever niet kunnen toelaten afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid en de autonomie van de regulator. Hetzelfde geldt voor de aan de regulator opgelegde verplichting om bij te dragen tot het verzekeren van een zeer kwalitatieve openbare en universele dienst, en het gegeven dat de CREG bevoegd is voor de eindbeslissing volstaat niet om vast te stellen dat haar tariefbevoegdheden haar niet zouden worden ontnomen.

Zij is van mening dat, ten aanzien van de door haar aangeklaagde discriminatie, de Ministerraad geen enkel relevant motief aanvoert om die te verantwoorden, omdat de aangevoerde motieven ook gelden voor de andere categorieën van spelers.

A.32.7. De CREG is van mening dat de tussenkomende partijen het middel verkeerd lezen, waarbij daarin niet wordt betwist dat de netbeheerders een tariefwijziging kunnen aanvragen, maar daarin wel de bij de wet vastgestelde voorwaarden van die bevoegdheid worden betwist.

Vierde onderdeel (specifieke redenen)

A.33.1. Volgens de CREG schenden de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 14, en 12bis, § 14, invoegen in de Elektriciteitswet (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit), en de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet, die de artikelen 15/5bis, § 14, en 15/5ter, § 14, invoegen in de Gaswet (inzake het vervoer en de distributie van gas), de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre zij het mogelijk maken beroepen in te stellen tegen de tariefbeslissingen van de CREG, met name op basis van bepaalde gronden van betwisting die een discretionaire opportuniteitsbeoordeling inhouden, terwijl de uitoefening van de tariefbevoegdheid nochtans behoort tot de exclusieve prerogatieven van de regulator en de discretionaire opportuniteitsbeoordelingen van een onafhankelijke instantie overigens niet ter discussie kunnen worden gesteld door een rechtsprekend orgaan (behalve in geval van een kennelijke beoordelingsfout); een en ander houdt een schending in van het algemeen beginsel van de scheiding der machten, van artikel 33, tweede lid, van de Grondwet, van de artikelen 35, leden 1 en 4, en 37, leden 2, eerste alinea, 6 en 17, van de richtlijn 2009/72/EG en van de artikelen 39, leden 1 en 4, en 41, leden 2, eerste alinea, 6 en 17, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.33.2. De CREG is van mening dat de kritiek die de Raad van State afleidt uit de schending van het beginsel van de scheiding der machten door de bepalingen van het aan de Raad van State voorgelegde ontwerp, relevant blijven in het licht van de uiteindelijk aangenomen bepalingen, in zoverre het beroep waarin zij voorzien, kan worden ingesteld voor het Hof van Beroep te Brussel, met name wanneer de tariefbeslissing van de CREG (i) niet voldoet aan de in de betrokken artikelen beoogde « richtsnoeren », (ii) niet voldoet aan het algemeen energiebeleid (gedefinieerd in de Europese, federale en gewestelijke wetgeving en reglementering) of (iii) niet de middelen waarborgt die vereist zijn voor het verwezenlijken van de investeringen van de betrokken netbeheerder en het in stand houden van de infrastructuur of de uitvoering van zijn wettelijke opdracht. Het is in strijd met het beginsel van de scheiding der machten dat een rechter ertoe wordt gebracht de discretionaire beoordeling door een administratieve instantie te controleren. Het arrest nr. 37/2012 van 8 maart 2012 heeft een

dergelijke benadering afgekeurd en is des te meer relevant in de onderhavige zaak daar de onafhankelijkheid die de richtlijnen aan de regulatoren waarborgen, zich ertegen verzet dat de opportuniteit van hun beslissingen in het geding wordt gebracht door een rechter die niet beschikt over de technische bevoegdheden, de onderzoeksmiddelen en de regulerende ervaring die daartoe vereist zijn. De omstandigheid dat de regulator verslag moet uitbrengen over zijn optreden, laat niet toe afbreuk te doen aan diens onafhankelijkheid.

A.33.3. De CREG voert ook aan dat de bestreden bepalingen discriminerend zijn in zoverre het beroep waarin zij voorzien openstaat voor alle personen die bij de tarieven zijn betrokken, terwijl die personen niet dezelfde voordelen halen uit de beslissingen van de regulator en hun hoedanigheid hun een voorkeurstoegang tot de netten zou kunnen verlenen. Bepaalde motieven van betwisting (hoewel de mogelijkheid om die aan te voeren niet is beperkt tot bepaalde betrokken partijen) beogen voor de rest in eerste instantie de naleving van de belangen van de netbeheerders en hebben geen equivalent ten behoeve van de andere bij de tarieven betrokken partijen. Daarnaast is er een discriminatie tussen de bij de nettatarieven betrokken partijen (namelijk een categorie van rechtzoekenden op wie een juridische regeling wordt toegepast die het mogelijk maakt de opportuniteit van een administratieve beslissing in het geding te brengen) en de andere rechtzoekenden (wier middelen van jurisdictioneel beroep zijn onderworpen aan het beginsel van de scheiding der machten).

A.33.4. De Ministerraad betwist de aantasting van het beginsel van de scheiding der machten. Artikel 29bis van de Elektriciteitswet - en de overeenstemmende bepaling in de Gaswet - kende reeds aan het Hof van Beroep te Brussel een bevoegdheid met volle rechtsmacht toe, waaraan de bestreden wet niets verandert. Die bevoegdheid houdt niet noodzakelijk een opportuniteitsbeoordeling in, daar het beginsel van de scheiding der machten zich niet ertegen verzet dat de externe wettigheid van de administratieve handeling wordt gecontroleerd, noch dat de rechter nagaat of de handeling in rechte en in feite gegrond is; het arrest nr. 130/2010 van het Hof heeft niets anders beslist en de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel bevestigt dat de bevoegdheid met volle rechtsmacht van de rechter verenigbaar is met het beginsel van de scheiding der machten. De controle die dat Hof uitvoert, zowel in feite als in rechte, ten aanzien van de tariefbeslissingen van de CREG heeft geenszins betrekking op de opportuniteit en de controle met volle rechtsmacht wordt zowel door de rechtscolleges van andere lidstaten van de Europese Unie als door het Hof van Justitie van de Europese Unie uitgeoefend en de uitvoering ervan wordt in België gecontroleerd door het Hof van Cassatie.

A.33.5. De Ministerraad betwist ook de aantasting van het beginsel van enigheid en onafhankelijkheid van de regulator. Het jurisdictioneel beroep en de uitoefening van de controle die dat beroep veronderstelt, zijn bepaald bij de overwegingen 34 en 30 en bij de artikelen 37, lid 17, en 40, lid 17, respectievelijk, van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG; de interpretatieve nota van de Europese Commissie gaat in dezelfde zin.

A.33.6. De Ministerraad betwist ten slotte de aantasting van het beginsel van niet-discriminatie : de bestreden bepalingen hebben tot doel de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank voor iedereen open te stellen en niet zich uit te spreken over de voordelen die de ene of andere speler van de markt zou verkrijgen.

A.33.7. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat de bestreden wet, in tegenstelling tot wat de Ministerraad beweert, specifieke bepalingen met betrekking tot de tariefbeslissingen bevat die de jurisdictionele controle van het Hof van Beroep te Brussel wel degelijk wijzigen door dat Hof ertoe te machtigen zich uit te spreken op het vlak van de opportuniteit. Het is overigens niet relevant het arrest nr. 130/2010 aan te voeren (aangezien het zich niet uitspreekt over de bestreden bepalingen), noch de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel (die dateert van vóór de bestreden wet), noch de controle van het Hof van Cassatie, daar dat laatste ertoe verplicht is een wet toe te passen die te dezen aan de rechter een bevoegdheid van opportuniteitsbeoordeling zou toekennen.

Zij voert aan dat de onafhankelijkheid van de regulator de jurisdictionele controle niet belet, maar dat die laatste de eerste niet mag beperken. Ten slotte, hoewel het juist is dat de rechtsmiddelen openstaan voor alle personen die doen blijken van een belang, is het toch zo dat de bestreden bepalingen voorzien in specifieke motieven van beroep die, zij het gedeeltelijk, alleen ten goede komen aan de netbeheerders die een tariefbeslissing van de CREG kunnen betwisten die hun niet de nodige middelen waarborgt, terwijl de andere spelers tarieven die zij te hoog achten, niet kunnen aanvechten.

A.33.8. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad, ten aanzien van de scheiding der machten, van mening dat de afdeling wetgeving van de Raad van State in zijn advies dat voorafgaat aan de bestreden wet, de draagwijdte van de noodzaak van een jurisdictionele controle ten aanzien van de tariefbeslissingen van de CREG niet heeft ingezien : die controle bestaat sinds 2005 (artikel 29bis van de Elektriciteitswet) en impliceert

geenszins de oprichting van een instantie die de tariefbeslissingen van de CREG kan herzien; een beroepsinstantie houdt geenszins een splitsing van de beslissingsbevoegdheid in.

Hoewel het juist is dat het arrest nr. 130/2010 zich uitspreekt over feiten die dateren van vóór de wet van 1 juni 2005, is het toch zo dat het zich uitspreekt over het beginsel zelf van het recht van de rechtzoekende op een daadwerkelijk beroep, los van het rechtscollege dat bevoegd is om kennis te nemen van dat beroep. Hetgeen is gezegd over de jurisdictionele controle die de Raad van State uitoefent, kan worden omgezet naar de justitiële rechter. Het arrest nr. 37/2012 van 8 maart 2012, gewezen in een andere materie, bevestigt dat de door de rechter uitgevoerde interne en externe wettigheidscontrole geen opportuniteitscontrole is. Indien het Hof van Beroep een dergelijke controle zou uitoefenen, zouden zijn beslissingen kunnen worden vernietigd en zou de controle van het Hof van Cassatie, dat alleen kennisneemt van het recht, evenmin een opportuniteitscontrole zijn.

Ten slotte, ten aanzien van de schending van het gelijkheidsbeginsel, wijst de Ministerraad erop dat de lijst van de motieven van beroep tegen de beslissingen van de CREG een lijst met voorbeelden is en niet exhaustief is, zodat de netgebruiker of de consument die doet blijken van een belang, eveneens die beslissingen kan betwisten.

Vijfde onderdeel (nieuwkomers)

A.34.1. Volgens de CREG schendt artikel 4, 6°, van de bestreden wet, dat artikel 4, § 5, van de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen, in zoverre het voorziet in een voorkeursregeling voor de compensatie van de « kwartuurneevenwichten » in het voordeel van « bepaalde houders van productievergunningen voor nieuwe productie-installaties » van een bepaald type, met terugwerkende kracht voor het jaar 2011. De regulator is echter als enige bevoegd voor de balancerings- en tariefdiensten en om te bepalen of nieuwkomers een compensatieregeling voor onevenwichten moeten genieten, overeenkomstig de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, eerste alinea, en 6, onder a) en b), van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 2, eerste alinea, en 6, onder a) en b), van de richtlijn 2009/73/EG.

A.34.2. Volgens de CREG strekt de bestreden bepaling ertoe de nieuwkomers te bevoordelen, zodat de voorzieningszekerheid wordt versterkt en de concurrentie wordt bevorderd, maar stuit zij op de bezwaren die de Raad van State had opgeworpen tijdens het onderzoek van het ontwerp, waarbij de daarna aangebrachte wijzigingen daarop geen antwoord konden bieden. De wet geeft immers technische en nauwkeurige injuncties aan de CREG ten aanzien van de tarieven voor de compensatie van de onevenwichten, met inbegrip van de parameters voor het vastleggen van de correctiefactor die moet worden toegepast op de situatie die de wetgever zelf heeft afgebakend; de wet is retroactief, aangezien die bepalingen van toepassing zijn « voor 2011 », terwijl zij op 8 januari 2012 is afgekondigd; zij voert een discriminatie in onder producenten, aangezien alleen de compensatieregeling is voorbehouden aan diegenen die het voorgaande jaar niet meer dan 5 pct. van de totale productie in de Belgische regelzone hebben geproduceerd, terwijl noch de drempel van 5 pct., noch de beperking van de geproduceerde energie tot 125 MWh zijn verantwoord.

A.34.3. Volgens de nv « Marcinelle Energie » doet de richtlijn 2009/72/EG geen afbreuk aan de bevoegdheden van de wetgevende en regelgevende autoriteiten om het algemene kader van die opdrachten te bepalen. Krachtens artikel 35, lid 4, onder b), punt ii), ervan, zijn de regeringen ertoe gemachtigd algemene richtsnoeren vast te stellen inzake met name tarieven (artikel 37, lid 1, onder a)) en de monitoring van de investeringen in productiecapaciteit met het oog op de continuïteit van de voorziening (artikel 37, lid 1, onder r)), die dus niet vallen onder de regulerende instanties; de Europese Commissie heeft daarnaast, in haar interpretatieve nota, erop gewezen dat de opdrachten van de regulator geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de Staten om algemene beleidsrichtsnoeren vast te stellen die door de regulerende instanties moeten worden vertaald in de tariefstructuur en -methodologie, en om een nationaal beleid inzake energie uit te werken. In de parlementaire voorbereiding wordt erop gewezen dat de wetgever rekening heeft gehouden met dat evenwicht en dat de retroactiviteit van de maatregel verantwoord is door het doel van algemeen belang dat door de bestreden bepaling wordt nagestreefd en in de overwegingen 5, 25 en 57 van de richtlijn 2009/72/EG wordt beoogd. Daarin wordt ook de keuze van de drempel van 5 pct. van de totale productie verantwoord door het feit dat de uitvoering moet worden verzoend met de noodzaak om de stabiliteit van het elektriciteitsnet te waarborgen, die inhoudt dat de maatregel is voorbehouden aan de nieuwkomers die niet beschikken over bestaande eenheden die een onevenwicht als gevolg van hun tests op een nieuwe eenheid kunnen compenseren.

A.34.4. De Ministerraad wijst erop dat de structurele problemen van de energiemarkt zijn onderstreept door de vaststellingen van de CREG zelf, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepalingen. Die laatste strekken ertoe de komst van nieuwe productiecapaciteiten binnen de Belgische regelzone te bevorderen en de concurrentie te versterken, overeenkomstig de bepalingen van de richtlijnen die door de bestreden wet worden uitgevoerd, zoals de overwegingen 5, 6, 25, 39 en 44 van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 4 en 8 ervan, die van de voorzieningszekerheid een regale bevoegdheid van de lidstaten maakt, zodat het wel degelijk de wetgever en niet de CREG is die de steun aan de nieuwkomers moet regelen.

Bovendien heeft de wetgever aan de CREG de mogelijkheid geboden de correctiefactor te bepalen die wordt toegepast op de marktprijs in geval van een onevenwicht van een nieuwkomer.

A.34.5. De Ministerraad betwist de aantasting van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten door aan te geven dat de vertraging in de bekendmaking van de bestreden wet in het *Belgisch Staatsblad* (11 januari 2012) geenszins de wil weergeeft om een retroactieve werking te verlenen aan een wet waarvan het ontwerp op 15 en 22 december 2011 was goedgekeurd in het Parlement. De retroactieve wet is niet ongrondwettig en de nieuwe wet kan van toepassing zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die ontstaan onder de gelding van de vorige wet en die zich voordoen of voortzetten onder de gelding van de nieuwe wet, tenzij de toepassing van de nieuwe wet afbreuk doet aan eerdere situaties die definitief voltooid zijn. De rechtspraak van het Hof maakt het de wetgever mogelijk te steunen op een vroegere werkelijkheid om een belasting te berekenen, maar vereist dat het recht voorzienbaar en toegankelijk is. Te dezen vloeit de bestreden bepaling voort uit een amendement dat op 29 augustus 2011 aan de Raad van State is voorgelegd, op 3 november 2011 is neergelegd en op 15 en 22 december 2011 is goedgekeurd, zodat de betrokkenen het steunmechanisme voor de nieuwkomers kenden wanneer de wet op 11 januari 2012 is bekendgemaakt. Zij houdt geen enkel nadeel in voor de transmissienetbeheerder, aangezien de kosten van die correctie zijn opgenomen in de tarieven en worden afgewenteld op alle consumenten en de beheerder zijn kosten over verschillende jaren spreidt. Wat het ontstaansfeit betreft, kunnen alleen de nieuwkomers die op de datum van inwerkingtreding van de wet beantwoorden aan de bij de bestreden wet vastgestelde criteria, de toepassing ervan genieten voor het jaar 2011, temeer daar de regularisatie kan plaatshebben begin 2012, naar het voorbeeld van de klassieke regularisatie van de tarieven die de beheerder op jaarbasis uitvoert.

A.34.6. Wat betreft de keuze voor de drempel van 125 MWh en voor 5 pct. van de productie in de Belgische regelzone, blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat de wetgever heeft gesteld dat die drempel van 5 pct. het mogelijk maakte de stabiliteit van het transmissienet te waarborgen; zij is niet discriminerend, aangezien zij het, overeenkomstig de doelstelling van de bestreden bepaling, mogelijk maakt een onderscheiden categorie van producenten - de nieuwkomers - te creëren die niet beschikken over verschillende productie-eenheden om het onevenwicht te compenseren.

A.34.7. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat het argument afgeleid uit het gebrek aan productiecapaciteit en het argument, verworpen door de Raad van State, afgeleid uit de noodzaak om de voorzieningszekerheid te waarborgen, niet volstaan om de bestreden maatregel te verantwoorden, maatregel waarvan niet is aangetoond dat die niet verder gaat dan een algemene beleidsrichtsnoer. Hij gaat daarentegen wel verder, omdat hij de regulator ertoe verplicht een correctiefactor toe te passen op de « tarieven voor kwartuurneevenwichten » en die zelf vaststelt voor het jaar 2011.

A.34.8. De CREG is van mening dat de retroactieve werking van de wet, die afbreuk doet aan de rechten van de consumenten, voortvloeit uit een bepaling die, ingevoerd via een amendement, dus niet beantwoordde aan een dermate dringende noodzaak (anders zou zij reeds begin 2011 in het wetsontwerp zijn ingevoerd); zij kon alleen retroactief zijn, vermits zij pas op 22 december 2011 is aangenomen en, bij ontstentenis van bepalingen die voorzien in de onmiddellijke inwerkingtreding, dus niet meer in werking kon treden in 2011.

Meer fundamenteel kunnen noch de zorg om de productiecapaciteit te ontwikkelen of de voorzieningszekerheid te waarborgen, de retroactiviteit van de maatregel waarborgen : die maatregel is immers van toepassing op productie-eenheden die reeds zijn gebouwd en aangesloten op het net en de financiële stimulans die hij vormt, leidt niet ertoe de productiecapaciteit te ontwikkelen. Noch de Ministerraad, noch de tussenkomenende partijen verantwoorden de maatregel in het licht van artikel 32 van richtlijn 2009/72/EG, dat de bekendmaking van het tarief vóór de inwerkingtreding ervan oplegt. De CREG had de tarieven echter op 22 december 2011 voor vier jaar vastgelegd en bij ontstentenis van een jaarlijkse « regularisatie » van de tarieven zal het moeilijk zijn over te gaan tot een rechtzetting van de tarieven, ermee rekening houdend dat de op die datum vastgestelde tarieven zelf voorzagen in een gunstregeling waarop men mogelijk zou moeten terugkomen, met alle moeilijkheden van dien. De ontstentenis van een retroactieve werking zou daarentegen

geen enkele discriminatie hebben ingevoerd, daar de regulator beschikt over de mogelijkheid om te voorzien in een regeling die gunstig is voor de nieuwkomers, zoals de CREG dat heeft gedaan in haar beslissing van 22 december 2011.

A.34.9. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat de bestreden maatregel past in de naleving van de richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 « inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen », waarvan de beginselen aldus zijn omgezet in de bestreden wet, waarbij de Europese wetgever voor het overige niet heeft gepreciseerd welke richtlijn moest primeren op de andere; de maatregel past aldus in een beleid van voorzieningszekerheid dat onder de Staten ressorteert.

Ten aanzien van de rechtzetting van de tarieven waarnaar de verzoekende partij verwijst, voert de Ministerraad artikel 12, § 8, 8°, van de Elektriciteitswet aan, gewijzigd bij artikel 15 van de bestreden wet, dat het de netbeheerder mogelijk maakt aan de CREG een aanvraag tot tariefherziening voor te leggen wanneer er zich buiten haar wil om uitzonderlijke omstandigheden voordoen. Het nieuwe mechanisme kan dus in overweging worden genomen, zelfs indien de tarieven zijn aangenomen vóór de inwerkingtreding van de bestreden maatregel.

A.34.10. In haar memorie van tussenkomenst voert de nv « Marcinelle Energie » aan dat de CREG zich vergist wat de omvang van haar bevoegdheden betreft en is zij van mening dat de door haar op 22 december 2011 genomen beslissing om de recente centrales die een bepaalde capaciteit niet overschrijden, vrij te stellen van de betaling van de injectietarieven, het de nieuwkomers niet mogelijk maakt zich te doen gelden en hun productie-eenheid te rendabiliseren, omdat de maatregel die zij heeft genomen en die erin bestaat alle recente centrales vrij te stellen van de betaling van een bijdrage (« zegel » genoemd) teneinde met name het tariefdeficit te financieren, ertoe leidt dat alle recente centrales een verminderd injectietarief genieten, zodat de nieuwkomers worden geconfronteerd met een nog grotere concurrentie. Daar zij niet beschikken over andere productie-activa in de Belgische regelzone zullen zij een gebrek, hetgeen zich vaak voordoet tijdens de testperiode en die de verlaging van de bij de bestreden wet bepaalde toegangsdrempels moest verhelpen, niet kunnen opvangen. Bovendien is de door de CREG genomen maatregel veel minder gericht, omdat hij betrekking heeft op een in 2002 aangevatte productieperiode en op injectietarieven en niet op de prijs voor de compensatie van de onevenwichten.

A.34.11 Volgens de nv « Marcinelle Energie » valt de bestreden maatregel wel degelijk onder de bevoegdheid van de wetgever; hoewel het juist is dat de regulator de toegang tot het net van de nieuwe productiecapaciteiten moet vergemakkelijken, moet hij dat doen in samenwerking met de nationale overheden en zonder afbreuk te doen aan hun bevoegdheid (artikel 36, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG) en moet hij zich ertoe beperken te waken over het bereikte niveau en de bereikte doeltreffendheid inzake de opening van de markten en de mededinging (artikel 37, lid 1, onder j), van dezelfde richtlijn). In de veronderstelling dat de wetgever inbreuk heeft gemaakt op de bevoegdheden van de CREG blijft de door hem genomen maatregel evenredig, gelet op het feit dat die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn bevoegdheden, dat de materie zich leent voor een gedifferentieerde reglementering en dat impact ervan daarop slechts marginaal is.

A.34.12. In ondergeschikte orde verdedigt de nv « Marcinelle Energie » de bevoegdheid van de federale Staat waarbij de richtlijn 2009/72/EG geen afbreuk doet aan diens bevoegdheden ten aanzien van de definitie van het algemeen kader van de opdrachten van de regulator en deze laatste de opdracht niet toekent om de doelstellingen of de instrumenten te definiëren die het mogelijk maken de voor de voorzieningszekerheid noodzakelijke investeringen te bevorderen.

Zij verwijst naar de overwegingen 5, 25 en 57 van dezelfde richtlijn om de retroactieve werking van de bestreden maatregel te verdedigen en voert aan dat de elektriciteitsproductie onder het algemeen belang valt.

Derde middel (organisatie van het beheer van de aardgasvervoers- en elektriciteitstransmissienetten)

A.35. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn 2009/72/EG en met de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn 2009/73/EG.

Eerste onderdeel (ontvlechting - « unbundling » - van de transmissienetten en onafhankelijkheid van de transmissienetbeheerders)

A.36. Volgens de CREG strekt artikel 9 van de in het middel bedoelde richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG ertoe de activiteiten van productie en levering te scheiden van de activiteiten van netbeheer en voorziet het daartoe in drie verschillende schema's waarvan er één - de ontvlechting van de eigendomsstructuren - in de Belgische wet in aanmerking is genomen. Zulks houdt het verdwijnen van elke relatie van zeggenschap of recht tussen, enerzijds, producenten en leveranciers en, anderzijds, transmissienetbeheerders in. De bepalingen van de voormelde artikelen 9 voorzien daartoe in vier cumulatieve eisen die niet correct zijn omgezet bij de bestreden wet, zoals de Europese Commissie tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet heeft beklemtoond.

Eerste subonderdeel

A.37. Volgens de CREG werden de bij artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG gestelde eisen met betrekking tot het gelijktijdig uitoefenen van zeggenschap over de transmissienetbeheerder en over een bedrijf dat instaat voor de productie of de levering van elektriciteit of gas, niet correct omgezet bij de bestreden wet met betrekking tot de elektriciteitsmarkt (terwijl de bepalingen met betrekking tot de gasmarkt die van de richtlijn *expressis verbis* overnemen).

A.38.1. De CREG klaagt in de eerste plaats aan dat artikel 9, 4° en 5°, van de bestreden wet te beperkend is door enkel de deelnemingen te beogen die de transmissienetbeheerder aanhoudt in het kapitaal van een producent of van een leverancier (of omgekeerd), terwijl artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG alle gevallen omvat waarin een zelfde persoon gelijktijdig zeggenschap kan uitoefenen over de transmissienetbeheerder en over de producent of de leverancier. De Belgische wet heeft dus geen betrekking op bijvoorbeeld de holdingvennootschap, en het ontwerp ervan werd door de Raad van State bekritiseerd.

A.38.2. De CREG klaagt in de tweede plaats aan dat dezelfde bepalingen enkel het bezit door de transmissienetbeheerder van « lidmaatschapsrechten [...], onder welke vorm dan ook », verbieden, terwijl in artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG de ruimer gewenste begrippen « zeggenschap » (dat in artikel 2, lid 34, van dezelfde richtlijn is bedoeld en elke situatie omvat waarin een beslissende invloed kan worden uitgeoefend) en « rechten » (dat in artikel 9, lid 2, van de richtlijn is gedefinieerd en rechten omvat die, terwijl zij geen controlebevoegdheid verlenen, het mogelijk maken een bepaalde invloed uit te oefenen, zoals de uitoefening van stemrecht of het recht om leden van de organen van het bedrijf aan te wijzen) worden gehanteerd.

Zij klaagt ook aan dat artikel 9, 5°, dat in artikel 9, § 1, van de Elektriciteitswet een derde lid invoegt, aan de elektriciteits- of gasbedrijven de verplichting oplegt om « geen deel van het kapitaal » en « geen aandelen » van de transmissienetbeheerder aan te houden, terwijl die begrippen minder ruim zijn dan het in de richtlijn gedefinieerde begrip « zeggenschap ». De omstandigheid dat aan de aandelen van de netbeheerder of van zijn dochterondernemingen, aangehouden door elektriciteits- of aardgasbedrijven, geen stemrecht of bijzondere rechten kunnen worden verbonden (artikel 9, § 1, derde en vierde lid, van de Elektriciteitswet), volstaat niet om de begrippen « zeggenschap » en « recht », bedoeld in artikel 9, lid 1, onder b), en lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG, te dekken.

A.38.3. In de derde plaats klaagt de CREG aan dat de omzettingwet enkel het aanhouden, door elektriciteits- of aardgasbedrijven, van deelnemingen in het kapitaal van de transmissienetbeheerder verbiedt, terwijl artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG ook zeggenschap of een recht over « een transmissiesysteem » verbiedt, hetgeen verder gaat dan de Belgische wet.

A.38.4. De Ministerraad voert aan dat het geval van de « holdingvennootschap », in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, wel degelijk wordt beoogd in artikel 9, tweede en derde lid, van de Elektriciteitswet. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het niet noodzakelijk was om de begrippen « elektriciteitsbedrijf » en « aardgasbedrijf » uit te breiden tot de bedrijven die zeggenschap erover hebben, aangezien de wet zowel direct als indirect zeggenschap verbiedt.

A.38.5. Volgens de Ministerraad maakt niets het mogelijk te beweren dat de wetgever de verplichtingen ten laste van de netbeheerder en van de elektriciteits- en aardgasbedrijven zou hebben beperkt door de termen « zeggenschap » en « recht » niet te gebruiken : het voormelde artikel 9, tweede lid en volgende leden, heeft

immers betrekking op de lidmaatschapsrechten « onder welke vorm dan ook » en op het rechtstreeks of onrechtstreeks aanhouden van delen van het kapitaal of van aandelen van de netbeheerder. Het in de richtlijn gebruikte begrip « zeggenschap » is uitdrukkelijk overgenomen uit de verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, die rechtstreekse werking in het interne recht heeft, zodat de wet, tenzij de wetgever anders heeft vermeld, in dezelfde zin moet worden geïnterpreteerd; aangezien de CREG aan de begrippen « zeggenschap » en « recht » de ruimste betekenis kan geven, heeft zij geen belang bij dat middel.

A.38.6. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat uit artikel 9, 4° en 5°, van de bestreden wet niet blijkt dat het betrekking heeft op het geval van de « holdingvennootschappen » : het heeft enkel betrekking op de deelnemingen die worden aangehouden door de transmissienetbeheerder of door de ondernemingen en niet door andere personen die gelijktijdig aandelen aanhouden in een transmissienetbeheerder en in een vennootschap die produceert of levert; bovendien houden de in de Elektriciteitswet en in de Gaswet gehanteerde begrippen « elektriciteitsbedrijf » en « aardgasbedrijf » zeker niet het begrip « holding » in. Een ruime interpretatie van de bestreden bepalingen zou onverenigbaar zijn met de bewoordingen ervan. De verordening (EG) nr. 139/2004 is niet van toepassing op de in de bestreden bepalingen bedoelde aangelegenheid aangezien de situaties die daarin worden beoogd, niet onder de beoordeling van het begrip « concentratie » vallen waarop die verordening betrekking heeft.

A.38.7. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat de definitie van het begrip « bedrijf » in de bestreden wet identiek is aan die welke voorkomt in de richtlijnen die die wet omzet. Het verwijt dat is afgeleid uit het feit dat de wetgever niet dezelfde terminologie zou hebben vermeld als de richtlijnen met betrekking tot de begrippen « zeggenschap » en « recht », wijst niet erop dat hij de verplichtingen ten laste van de transmissienetbeheerders zou hebben willen inperken. Wat betreft de verordening (EG) nr. 139/2004 waaraan het begrip « zeggenschap » is ontleend, is het de interpretatieve nota van de Europese Commissie die zelf daarnaar verwijst, zodat de verzoekende partij zich klaarblijkelijk in haar interpretatie vergist.

A.39.1. Volgens de CREG zetten de artikelen 8, 3°, en 9, 2°, van de bestreden wet die respectievelijk een tweede lid in artikel 8, § 2, van de Elektriciteitswet invoegen en artikel 9, § 1, eerste lid, van dezelfde wet wijzigen, de richtlijn niet correct om in zoverre zij het de transmissienetbeheerder mogelijk maken om, enerzijds, op of buiten het Belgische grondgebied elke andere activiteit uit te oefenen, onverminderd de bepalingen van artikel 9, § 1, van die wet, op voorwaarde dat die activiteiten geen invloed hebben op de onafhankelijkheid van de transmissienetbeheerder of op het vervullen van de taken die hem bij de wet zijn toevertrouwd, en, anderzijds, activiteiten te ondernemen inzake « de productie in de Belgische regelzone binnen de grenzen van zijn vermogensbehoeften inzake ondersteunende diensten ».

Artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG strekt evenwel ertoe alle belangenconflicten tussen producenten, leveranciers en netbeheerders op te heffen en de bij artikel 9 vastgestelde voorwaarden inzake onafhankelijkheid van de beheerder zijn preciezer dan de bij de Belgische wet vastgestelde algemene voorwaarden.

A.39.2. De Ministerraad wijst erop dat in het voormelde artikel 8, 3°, artikel 29 van de richtlijn 2009/72/EG wordt toegepast dat het een beheerder mogelijk maakt een gecombineerd transmissie- en distributiesysteem te exploiteren onder de voorwaarden die erin worden vastgesteld. Zoals in de parlementaire voorbereiding wordt aangegeven, heeft de wetgever rekening willen houden met de realiteit. Aangezien de beheerder de voorwaarden van artikel 9 van de richtlijn in acht neemt, is er geen discriminatie.

Wat artikel 9, 2°, betreft, is het verwijt van de CREG verrassend aangezien zij zelf had gesuggereerd dat de TNB productieactiviteiten zou kunnen ondernemen die noodzakelijk zijn voor zijn activiteit of voor die van andere beheerders. Haar belang bij het middel kan worden betwist. Door die suggestie te volgen, heeft de wetgever het beginsel van specialiteit van de TNB daardoor uitgebreid teneinde de risico's in verband met de voorzieningszekerheid te beperken en het structurele gebrek aan investeringen dat het land kent, te verhelpen : het is noodzakelijk om aan de TNB de mogelijkheid te bieden, niet om een productiebevoegdheid uit te oefenen, maar om indien nodig en als laatste redmiddel over de toegang tot de ondersteunende diensten tegen een lagere kostprijs te beschikken teneinde in geval van hoogspanning op het net het evenwicht tussen het aanbod en de vraag te kunnen herstellen en aldus de kwaliteit op het net te kunnen waarborgen.

A.39.3. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat artikel 8, § 2, eerste lid, van de Elektriciteitswet verder gaat dan wat artikel 29 van de richtlijn 2009/72/EG toestaat en indruist tegen de eisen inzake « *unbundling* ». De in dat artikel 8, § 2, bedoelde eisen zijn algemener dan de precieze eisen vermeld in artikel 9, lid 1, van de voormelde richtlijn.

De bewoordingen van artikel 9, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet maken het bovendien niet mogelijk aan te voeren dat het geen betrekking heeft op eigenlijke productieactiviteiten maar op het beheer van het transmissienet. Noch de voorzieningszekerheid, noch de kostprijs van de ondersteunende diensten verantwoorden de bestreden maatregel.

Ten slotte ontnemt de omstandigheid dat die maatregel uit een voorstel van de CREG zou voortvloeien, haar niet haar belang om in rechte te treden.

Tweede subonderdeel

A.40.1. Volgens de CREG schendt artikel 9, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 9, § 1, vijfde lid, van de Elektriciteitswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het het verbod om de leden aan te wijzen van de organen die de netbeheerder vertegenwoordigen, beperkt tot de ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie of de levering van elektriciteit of van aardgas, terwijl artikel 9, lid 1, onder c), van de richtlijn 2009/72/EG ook de personen - en niet enkel de ondernemingen - beoogt die zeggenschap of enig recht uitoefenen over een bedrijf dat elektriciteit produceert of levert, zoals een holdingvennootschap.

A.40.2. Volgens de CREG kan hetzelfde verwijt worden gericht tegen artikel 62, 3°, van de bestreden wet dat een tweede lid in artikel 8/3, § 1/1, van de Gaswet invoegt; die conclusie wordt niet op de helling gezet door het nieuwe artikel 8/3, § 1/2, ingevoegd bij artikel 62, 4°, van de bestreden wet.

A.40.3. De Ministerraad voert aan, zoals is gezegd in A.38.5, dat de bestreden bepalingen, door de rechtstreekse of onrechtstreekse werkzaamheid in de productie of de levering van elektriciteit te beogen, de in de richtlijn gehanteerde begrippen « recht » en « zeggenschap » adequaat omzetten.

Het begrip « onderneming » is niet minder ruim dan het begrip « persoon » aangezien, in het mededingingsrecht, het Hof van Justitie in zijn arrest van 23 december 1991 daaronder elke eenheid verstaat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.

Die ruime opvatting wordt gedeeld door de Europese Commissie, in artikel 2, lid 35, van de richtlijn 2009/72/EG en in artikel 1, 1°, van de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging.

A.40.4. De Ministerraad verwierpt het betoog van de CREG met betrekking tot artikel 62, 3°, van de bestreden wet om dezelfde redenen als die vermeld in A.40.3. Artikel 62, 4°, zet artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/73/EG om en heeft bijgevolg betrekking op een heel andere situatie dan die welke in artikel 9, lid 1, onder c), wordt beoogd. Daarover bestaat geen verwarring.

A.40.5. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de bestreden bepalingen niet voldoen aan de eisen van duidelijkheid en nauwkeurigheid die voor omzettingswetten worden vereist. Ook hier beogen zij enkel de ondernemingen en niet het geval van holdingvennootschappen, instellingen of personen die zeggenschap of een recht over die ondernemingen uitoefenen.

Zij verwierpt de interpretatie van de begrippen « personen » en « ondernemingen » die uit het mededingingsrecht is afgeleid door aan te voeren dat de omzettingswet de draagwijdte moet eerbiedigen die aan dergelijke termen wordt gegeven in de richtlijnen die zij in werking stelt. In artikel 9, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG wordt echter een onderscheid tussen die begrippen gemaakt door ze op verschillende plaatsen te gebruiken om verschillende situaties aan te wijzen, zodat het begrip « personen » klaarblijkelijk ruimer is dan het begrip « ondernemingen ». Dit begrip in de zin van het mededingingsrecht sluit de personen uit wier activiteiten niet economisch zijn, hetgeen niet in overeenstemming is met de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG.

A.40.6. Wat artikel 62, 3°, van de bestreden wet betreft, stelt de CREG vast dat de Ministerraad, door uiteen te zetten dat artikel 62, 4°, ervan ertoe strekt artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/73/EG om te zetten, de gegrondheid van haar betoog bevestigt : artikel 9, lid 1, onder c), van de richtlijn 2009/73/EG heeft een ruimere draagwijdte dan die welke aan artikel 8/3, § 1/2, is gegeven bij het voormelde artikel 62, 4°, dat de onjuiste omzetting van de richtlijn bij artikel 62, 3°, dus niet kan verhelpen.

A.40.7. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat, aangezien artikel 9, 5°, van de bestreden wet betrekking heeft op de ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie of de levering van elektriciteit, alle ondernemingen, zoals zij in de Elektriciteitswet worden gedefinieerd, zouden kunnen worden geacht die werkzaamheid te hebben en bijgevolg zouden kunnen worden verhinderd om de leden van de organen in kwestie aan te wijzen; hij blijft erbij dat het begrip « onderneming » een minstens even ruim begrip is als het begrip « persoon »; aangezien enkel het criterium van de economische activiteit een doorslaggevende factor vormt, lijkt het geen aanzienlijk onderscheid tussen beide begrippen te kunnen maken.

Derde subonderdeel

A.41.1. Volgens de CREG schendt artikel 9, 5°, van de bestreden wet, dat een zesde lid in artikel 9, § 1, van de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het het verbod om tegelijkertijd lid te zijn, enerzijds, van een orgaan dat de onderneming wettelijk vertegenwoordigt en, anderzijds, van een onderneming die elektriciteit produceert of levert of die het elektriciteitstransmissienet beheert, enkel tot de natuurlijke personen beperkt, terwijl artikel 9, lid 1, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG elke « persoon » beoogt.

A.41.2. Dezelfde kritiek wordt om dezelfde reden geleverd op artikel 62, 3°, *in fine*, van de bestreden wet, dat een nieuw lid in artikel 8/3, § 1/1, van de Gaswet invoegt, rekening houdend met artikel 9, lid 1, onder d), van de richtlijn 2009/73/EG.

A.41.3. De Ministerraad wijst erop dat de uitdrukking « eenzelfde natuurlijke persoon » in de bestreden bepalingen op een tikfout berust. Indien die bepalingen worden geïnterpreteerd in overeenstemming met de voormelde richtlijnen die « dezelfde persoon » beogen, faalt het middel naar recht.

A.41.4. In haar memorie van antwoord neemt de CREG akte van de bekentenis van de Ministerraad maar is zij van mening dat zij geen einde maakt aan de onbestaanbaarheid van de bestreden bepalingen met de richtlijnen en dat de gesuggereerde interpretatie strijdig is met de bewoordingen van de wet.

Vierde subonderdeel

A.42.1. Volgens de CREG schendt artikel 12, in samenhang gelezen met artikel 13, 5°, van de bestreden wet, die respectievelijk een artikel 9^{quater} en een paragraaf 2^{ter} in artikel 10 van de Elektriciteitswet invoegen, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het niet erin voorziet dat de eisen met betrekking tot de commercieel gevoelige informatie in aanmerking worden genomen bij de door de CREG gevoerde certificeringsprocedure. Bij artikel 9, lid 7, van de richtlijn wordt aan de lidstaten evenwel de verplichting opgelegd erover te waken dat noch de in artikel 16 bedoelde commercieel gevoelige gegevens in de handen van een transmissienetbeheerder die deel heeft uitgemaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf, noch het personeel van die transmissienetbeheerder worden overgedragen aan bedrijven die een functie van productie of levering verrichten. Artikel 9, lid 7, van de richtlijn 2009/73/EG heeft een identieke inhoud. Bovendien bepaalt artikel 10 van de richtlijn 2009/72/EG dat de regulerende instanties erop toezien dat de transmissienetbeheerders de in artikel 9 bedoelde eisen permanent naleven.

A.42.2. De Ministerraad is van mening dat artikel 12 de perfecte omzetting van de richtlijn vormt, die zich niet tot het uitzonderlijke kader van de certificeringsprocedure beperkt maar in een permanente en aanhoudende verplichting voorziet, die op elk ogenblik door de regulator kan worden afdgedwongen. De CREG kan de permanente verplichting van vertrouwelijkheid niet verwarren met de specifieke en beperkte parameters waarmee zij rekening dient te houden bij de certificeringsprocedure.

A.42.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat zij over geen enkele basis beschikt om de naleving van de in A.42.1 bedoelde verplichting van vertrouwelijkheid na te gaan : in artikel 10, § 2^{ter}, van de Elektriciteitswet wordt artikel 9^{quater} ervan immers niet vermeld bij de bepalingen waarvan de CREG de naleving moet verzekeren. Zij ontkent bovendien dat er een verschil bestaat tussen de permanente verplichting van vertrouwelijkheid en de specifieke en beperkte parameters waarmee zij rekening dient te houden bij de certificeringsprocedure.

A.42.4. In zijn memorie van wederantwoord voert de Ministerraad aan dat de artikelen 9, lid 7, en 16 van de richtlijn 2009/72/EG op algemene wijze de regels vaststellen die inzake vertrouwelijkheid moeten worden nageleefd en niet in een bijzondere procedure voorzien die in acht moet worden genomen in het kader van de certificering, zodat de wetgever die dat kader bepaalt, geen omzettingfout heeft gemaakt.

Tweede onderdeel (aanwijzing en certificering van de netbeheerders)

A.43.1. De CREG zet uiteen dat de certificering, voorafgaand aan de goedkeuring en de aanwijzing van een onderneming als netbeheerder, ertoe strekt na te gaan of die onderneming de eisen van ontvlechting en onafhankelijkheid naleeft en, wanneer de onderneming uit een derde land afkomstig is, de eis met betrekking tot de continuïteit van de energievoorziening van de lidstaat of van de Gemeenschap. Die taak van certificering werd aan de CREG verleend, maar de bestreden wet zet de bepalingen van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG niet correct om.

A.43.2. De Ministerraad verwijst naar wat hij als antwoord op het tweede onderdeel van het eerste middel heeft vermeld.

Eerste subonderdeel

A.44.1. Volgens de CREG schendt artikel 13, 1°, van de bestreden wet, dat een zogenaamde « *grandfathering* »-clausule in artikel 10, § 1, laatste lid, van de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het erin voorziet dat de netbeheerder die definitief is aangewezen vóór de bekendmaking van de bestreden wet, wordt geacht te zijn gecertificeerd.

Artikel 10, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG vereist evenwel een certificering door de nationale regulator vóór de goedkeuring en de aanwijzing als transmissiesysteembeheerder, teneinde het die regulator mogelijk te maken toe te zien op de « permanente naleving » van de in A.43 in herinnering gebrachte eisen. Die vereiste is absoluut, zodat de wet in strijd is met de richtlijn die ze oplegt. In de parlementaire voorbereiding wordt vermeld dat die vereiste, volgens de Europese Commissie, enkel voor de toekomstige aanwijzingen zou gelden en dat de aanwijzing van de huidige beheerders niet opnieuw in het geding kan worden gebracht zonder afbreuk te doen aan het eigendomsrecht, maar het ontwerp werd door de Raad van State bekritiseerd en in de interpretatieve nota van de Europese Commissie wordt tegengesproken wat in de parlementaire voorbereiding wordt beweerd. Bij het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 december 2009, Commissie t. België (C-475/08), was reeds een rechtspraak in dezelfde zin gevestigd.

De omstandigheid dat artikel 10, § 1, vijfde lid, van de Elektriciteitswet het de CREG mogelijk maakt op ieder ogenblik een certificeringsprocedure te openen, is niet van dien aard dat het de overeenstemming van de bestreden bepaling met de richtlijn aantoont. Die procedure kan trouwens enkel worden geopend binnen de perken bedoeld in artikel 10, lid 4, onder b), van de richtlijn (overgenomen in artikel 10, § 2^{ter}, eerste lid, c), van de Elektriciteitswet), zodat de CREG zich niet ervan kan vergewissen dat de bestaande beheerder het transmissienet bezit overeenkomstig artikel 9, lid 1, onder a), van de richtlijn 2009/72/EG.

A.44.2. Dezelfde verwijten worden gericht tegen artikel 61, 2°, van de bestreden wet, dat een artikel 8, § 4^{bis}, derde lid, in de Gaswet invoegt, rekening houdend met artikel 10, leden 1 en 4, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.44.3. De Ministerraad voert aan dat de *pro-forma*certificering van de definitief aangewezen TNB beantwoordt aan de in de parlementaire voorbereiding vermelde noodzaak om de verworven rechten van die TNB's niet opnieuw in het geding te brengen. Net zoals de verzoekende partij heeft de Europese Commissie de legitieme motiveringen van de wetgever niet begrepen, die rekening heeft gehouden met de verworven rechten van de TNB's die onder de gelding van de vroegere bepalingen reeds zijn aangewezen voor een duur van twintig

jaar en met inachtneming van de regeling van ontvlechting van de eigendomsstructuren die aan het « derde energiepakket » was voorafgegaan. Door daarmee geen rekening te houden, zou een rampzalig juridisch vacuüm zijn gecreëerd voor het beheer van de netten. De *pro-forma* certificering, die in andere lidstaten wordt toegepast, maakt het mogelijk dat vacuüm en een tegenstrijdigheid met zowel artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens als met artikel 16 van de Grondwet te vermijden, aangezien het begrip « eigendom » dat in de eerste van die bepalingen wordt bedoeld, in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een ruime interpretatie krijgt. Uit het recht van de Europese Unie blijkt bovendien dat de grondrechten en de verworven rechten worden gewaarborgd teneinde onder meer de investeringen te beschermen en een zekere voorzienbaarheid van het van toepassing zijnde juridisch kader mogelijk te maken, zoals wordt aangegeven in de richtsnoeren van het ACER inzake toewijzing van capaciteit.

De situatie zou verschillend zijn geweest indien de TNB's voorlopig waren aangewezen, een hypothese die bij het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 december 2009 (C-475/08) is afgekeurd, aangezien zij in dat geval geen verworven rechten zouden hebben kunnen aanvoeren en zich aan een volledige certificeringsprocedure zouden moeten onderwerpen. De door de CREG bekritiseerde *pro-forma* certificering belet haar niet een certificeringsprocedure te openen, overeenkomstig de interpretatieve nota van de Europese Commissie; het valt de Ministerraad trouwens in dat de CREG zulks recent heeft gedaan tegen een definitief aangewezen TNB.

A.44.4. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de mogelijkheid die haar wordt geboden om uit eigen beweging een certificeringsprocedure te openen, niet volstaat om de ontstentenis van een correcte omzetting van de richtlijn te verhelpen. Artikel 10, § 2^{ter}, eerste lid, c), van de Elektriciteitswet en artikel 8, § 4^{ter}, eerste lid, c), van de Gaswet bieden haar die mogelijkheid trouwens niet onbeperkt en doen de bewijslast van de elementen die de toepassing van die procedure verantwoorden, op haar rusten.

De kwestie van de inachtneming van de verworven rechten is niet relevant aangezien de beheerders die aan de nieuwe eisen van ontvlechting en onafhankelijkheid voldoen, door de CREG zullen kunnen worden gecertificeerd. Er is dus geen risico van een juridisch vacuüm of van een aantasting van de eigendom. Bovendien wordt in het arrest-VEMW van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 juni 2005 (C-17/03) beslist dat de bescherming van de verworven rechten in het kader van een liberaliseringsproces wordt beperkt.

De voorbeelden van een « *pro forma* »-certificering waarop in andere lidstaten is gewezen, zijn evenmin relevant, bij gebrek aan specifieke elementen die die verplichtingen ondersteunen, en verantwoorden in elk geval niet dat een met het Europese recht strijdige praktijk wordt uitgebreid. De verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 december 2009 is wel relevant, aangezien het Hof daarin de verlenging heeft afgekeurd van de vergunningen die zijn toegekend vóór de inwerkingtreding van de wet die de richtlijn 2003/55/EG omzet, tot de voltooiing van de aanwijzingsprocedure die overeenkomstig de vereisten ervan is vastgesteld.

A.44.5. In zijn memorie van wederantwoord verwerpt de Ministerraad het argument dat uit het voormelde arrest-VEMW van het Hof van Justitie van de Europese Unie is afgeleid door erop te wijzen dat dat arrest betrekking had op een situatie die zich voorafgaand aan het « eerste energiepakket » en de liberalisering heeft voorgedaan, met betrekking tot langetermijncontracten; het kan dus niet worden vergeleken met de huidige situatie waarin de rechten die uit de definitieve aanwijzing van de transmissienetbeheerders voortvloeien, zijn ontstaan uit een « concessie » die door de Staat is toegekend voor een duur van twintig jaar. Bovendien wordt in het aangevoerde arrest zelf vereist dat de Staten rekening moeten houden met de bijzondere situaties van de marktdeelnemers en moeten voorzien in aanpassingen van de toepassing van de nieuwe regels.

Het aanvoeren van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 december 2009 (C-475/08) is evenmin relevant aangezien het Koninkrijk België daarin werd veroordeeld omdat het niet was overgegaan tot de definitieve aanwijzing van de beheerders van de vervoers-, opslag- en LNG-installaties, hetgeen sindsdien is gebeurd.

Ten slotte maakt het in de bestreden wet bedoelde mechanisme het de CREG mogelijk haar bevoegdheden ten volle uit te oefenen: zij heeft onlangs een certificeringsprocedure opgestart tegen ELIA (definitief aangewezen elektriciteitsbeheerder) op grond van de bestreden bepaling.

Tweede subonderdeel

A.45.1. Volgens de CREG schendt artikel 13, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 10, § 2bis, eerste lid, in de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het niet de transacties omvat die geschieden door andere personen dan de transmissienetbeheerders en voorziet in een mechanisme van automatisch verval van de certificeringsprocedure, zonder enige tussenkomst vanwege de regulerende instantie.

Bij artikel 10, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG wordt aan de transmissiesysteembeheerders evenwel de verplichting opgelegd om de regulator in kennis te stellen van elke transactie die is gepland door hen of door anderen, zoals de moedermaatschappij van de beheerder, en die een herevaluatie kan vereisen van hun naleving van de eisen van artikel 9.

Bovendien voorziet artikel 10, § 2bis, tweede lid, van de Elektriciteitswet erin dat de certificeringsprocedure automatisch vervalt wanneer de beheerder de CREG ervan in kennis stelt dat van de in artikel 10, § 2bis, eerste lid, bedoelde transactie afstand werd gedaan, hetgeen artikel 10, § 2ter, achtste lid, a), bevestigt. Een dergelijk automatisme, dat niet wordt teruggevonden in de Gaswet (waar artikel 8, § 4ter, achtste lid, b), in een beslissing van de CREG voorziet) en waarin niet in de richtlijn is voorzien, beperkt de bevoegdheden van de CREG.

A.45.2. Hetzelfde verwijt als dat gericht tegen artikel 10, § 2bis, eerste lid, wordt gericht tegen artikel 61, 2°, van de bestreden wet, dat artikel 8, § 4bis, vierde en vijfde lid, en § 4ter, achtste lid, a), in de Gaswet invoegt, rekening houdend met artikel 10, lid 3, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.45.3. Met betrekking tot de procedure van « hercertificering » verwerpt de Ministerraad de interpretatie van de verzoekende partij volgens welke artikel 13, 5°, van de bestreden wet een minder ruime draagwijdte zou hebben dan die in de bepalingen van de richtlijnen (zoals artikel 10, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG), omdat daarin niet de transacties worden beoogd die door andere personen dan de TNB zijn gepland. Enerzijds, omdat het voormelde artikel 10, lid 3, door elke geplande transactie te beogen die een herevaluatie kan vereisen van de wijze waarop de TNB de eisen van die richtlijn inzake ontvlechting van de eigendomsstructuren naleeft, betrekking heeft op een herevaluatie die eigen is aan de TNB en niet aan moedermaatschappijen of filialen. Anderzijds, omdat de bestreden wet het begrip « transactie » geenszins inperkt maar elke transactie beoogt die een herevaluatie kan vereisen van de wijze waarop de TNB de eisen van de richtlijn naleeft en die een invloed op zijn onafhankelijkheid kan hebben. De wet zet de richtlijn dus volledig om en de CREG is bovendien op elk ogenblik bevoegd om een procedure van « hercertificering » op te starten indien zij verneemt dat een geplande wijziging van de op de TNB uitgeoefende rechten een inbreuk op de richtlijn met zich mee kan brengen.

Voor het overige beroept de verzoekende partij zich enkel op cosmetische wijze op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

A.45.4. De Ministerraad erkent de schrijffout in de Elektriciteitswet met betrekking tot het verval van de procedure van « hercertificering ». In de memorie van toelichting wordt evenwel aangegeven dat de wetgever wel degelijk de bedoeling heeft aan de CREG de bevoegdheid te verlenen om te onderzoeken of de voorwaarden inzake ontvlechting van de eigendomsstructuren adequaat zijn vervuld, zodat de Elektriciteitswet in die zin en onder verwijzing naar de Gaswet moet worden geïnterpreteerd en zodat moet worden geoordeeld dat de CREG impliciet over de genoemde bevoegdheid beschikt.

A.45.5. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de interpretatie waarbij het begrip « transactie » tot de door de transmissienetbeheerder geplande transacties wordt beperkt, kennelijk in strijd is met de artikelen 10, lid 3, van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG. De mogelijkheid voor de CREG om een certificeringsprocedure op te starten kan de omzettingfout niet doen verdwijnen, net zomin als de door de Ministerraad toegegeven schrijffout.

A.45.6. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de door de verzoekende partij verdedigde restrictieve interpretatie van het begrip « transactie » niet alleen uit de tekst van de bestreden bepaling kan worden afgeleid. Het verval van de procedure beperkt de bevoegdheden van de CREG inzake hercertificering niet.

Derde subonderdeel

A.46.1. Volgens de CREG schendt artikel 13, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 10, § 2^{quater}, derde lid, in de Elektriciteitswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het enkel van toepassing is in geval van een transactie en in zoverre het voorziet in een mechanisme van automatisch verval van de certificeringsprocedure, zonder enige tussenkomst van de nationale regulerende instantie.

Bij artikel 11, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG wordt aan de netbeheerder evenwel de verplichting opgelegd om de regulator in kennis te stellen van « omstandigheden » die ertoe leiden dat personen uit derde landen zeggenschap verkrijgen over het transmissiesysteem of over de beheerder ervan, teneinde het de regulator mogelijk te maken een certificeringsprocedure op te starten die onder meer ertoe strekt na te gaan of de toekenning van de certificering geen bedreiging zal vormen voor de energievoorziening van de lidstaten of van de Gemeenschap. Aangezien er « omstandigheden » bestaan die, zonder transacties te zijn, het in de richtlijn beschreven gevolg kunnen hebben, is die niet correct omgezet bij de bestreden wet die enkel de transacties beoogt en bijvoorbeeld niet het feit dat door een andere partij wordt afgezien van bepaalde rechten ten aanzien van de elektriciteitstransmissienetbeheerder.

A.46.2. Volgens de CREG is artikel 10, § 2^{quater}, vierde lid, van de Elektriciteitswet ook onverenigbaar met de voormelde richtlijn in zoverre het voorziet in een mechanisme van automatisch verval van de certificeringsprocedure dat de bevoegdheden van de CREG beperkt.

A.46.3. Dezelfde kritiek wordt geleverd op artikel 61, 2°, van de bestreden wet, dat een artikel 8, § 4^{quater}, derde lid, in de Gaswet invoegt, rekening houdend met artikel 11, lid 2, van de richtlijn 2009/73/EG.

A.46.4. Wat de certificeringsprocedure met betrekking tot derde landen betreft, voert de Ministerraad aan dat het begrip « transactie » in ruime zin moet worden begrepen, zodat alle « omstandigheden » waarin een of meerdere personen uit een derde land zeggenschap over een transmissienet of over een TNB verkrijgen, door de TNB aan de CREG zouden moeten worden gemeld. Die « omstandigheden » zijn die welke in de bepalingen van de richtlijnen (zoals artikel 11, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG) worden beoogd en moeten trouwens zelf door de CREG ter kennis van de Europese Commissie worden gebracht.

A.46.5. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de door de Ministerraad voorgestelde interpretatie een interpretatie *contra legem* is die de fout niet doet verdwijnen die bij de omzetting van de wet is gemaakt.

A.46.6. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de kritiek van de verzoekende partij, wier bevoegdheden niet worden beperkt, door geen enkel tastbaar element wordt ondersteund.

Vierde middel (organisatie van de aardgas- en elektriciteitssector)

A.47. Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 40 van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 32, 35, lid 1, 36, 41, leden 6, onder c), en 9, 42 en 48 van de richtlijn 2009/73/EG.

Eerste onderdeel (verplichting om de gegevens bij te houden)

A.48.1. Volgens de CREG schendt artikel 27, 12°, van de bestreden wet, dat artikel 18, § 14, van de Elektriciteitswet wijzigt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het enkel op de « tussenpersonen » en leveranciers van toepassing is.

Artikel 40 van de richtlijn 2009/72/EG vereist evenwel van de lidstaten dat zij aan de elektriciteitsleveranciersbedrijven de verplichting moeten opleggen om de ter zake dienende gegevens met betrekking tot contracten en derivaten met « grootafnemers » en transmissiesysteembeheerders ter beschikking te houden van de nationale instanties, van de regulator en van de Europese Commissie. Door de term « tussenpersonen » in plaats van « grootafnemers » te hanteren, heeft de bestreden wet geen betrekking op de producenten, noch op de distributienetbeheerders.

A.48.2. In hoofdorde is de Ministerraad van mening dat het middel onontvankelijk is in zoverre daarin artikel 27, 12°, van de bestreden wet en niet artikel 24, 12°, ervan wordt beoogd.

A.48.3. In ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat de bij artikel 24, 12°, aan de leveranciers en tussenpersonen opgelegde verplichting overeenstemt met die welke bij artikel 40, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG aan de leveranciersbedrijven wordt opgelegd en dat het begrip « tussenpersoon » het begrip « grootafnemer » adequaat omzet. In artikel 2, lid 8, van de voormelde richtlijn wordt de grootafnemer immers gedefinieerd als een natuurlijke persoon of rechtspersoon die elektriciteit koopt voor wederverkoop binnen of buiten het systeem waarop hij aangesloten is, een definitie die de wetgever heeft omgezet in het begrip « tussenpersoon » dat in artikel 2, 7°, van de bestreden wet wordt gedefinieerd als elke natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit koopt met het oog op de doorverkoop ervan, behalve een producent of een distributienetbeheerder.

De bestreden wet zou geen betrekking kunnen hebben op de distributienetbeheerders aangezien die geen elektriciteit kunnen kopen om ze door te verkopen, wegens de regels die inzake ontvlechting van toepassing zijn. Een producent kan zich evenmin in de positie bevinden dat hij elektriciteit koopt om ze door te verkopen, aangezien hij in artikel 2, 1°, van de Elektriciteitswet wordt gedefinieerd als elke natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit produceert, met inbegrip van elke zelfopwekker.

Voor het overige zal het aan de Europese Commissie staan de richtsnoeren te preciseren die inzake gegevensverwerking van toepassing zijn.

A.48.4. In haar memorie van antwoord geeft de CREG de tikfout in haar verzoekschrift toe maar is zij van mening dat de aanwijzingen die het bevat, het mogelijk maken te oordelen dat de beoogde bepaling wel degelijk artikel 24, 12°, van de omzettingswet is. De Ministerraad heeft zich daarin trouwens niet vergist.

A.48.5. Zij verworpt de argumentering die in ondergeschikte orde door de Ministerraad is voorgesteld door te doen gelden dat haar grief betrekking heeft op het begrip « tussenpersoon » dat aan het einde van artikel 18, § 4, eerste lid, en niet aan het begin ervan voorkomt. Die term sluit de elektriciteitsproducenten en de distributienetbeheerders uit, in tegenstelling tot de term « grootafnemer ». In tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert, zouden producenten echter - bijvoorbeeld wanneer de productie die zij zouden hebben beloofd te leveren, ontoereikend zou zijn - ook kunnen optreden als doorverkopers van elektriciteit van een andere producent. Een distributienetbeheerder zou eveneens ertoe kunnen worden gebracht elektriciteit door te verkopen, hetzij door ertoe te zijn gehouden er te leveren aan een afnemer van een oorspronkelijke leverancier die het contract wegens niet-betaling zou beëindigen, hetzij door gebruik te maken van de bij artikel 8, § 2, eerste lid, van de Elektriciteitswet geboden mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden activiteiten van productie of levering uit te oefenen.

Daarenboven legt de richtlijn het bijhouden van de gegevens met betrekking tot alle transacties met grootafnemers op, zonder een onderscheid te maken tussen de leveringscontracten die zijn gesloten met de afnemers die op het transmissienet zijn aangesloten en die welke met de eindafnemers zijn gesloten, terwijl de wet enkel op de eerstgenoemden betrekking heeft.

Ten slotte is het door de CREG aangevoerde artikel 40, lid 1, onmiddellijk van toepassing en vereist het geen optreden van de Europese Commissie in navolging van wat in artikel 40, lid 5, is bepaald.

A.48.6. In zijn memorie van wederantwoord laat de Ministerraad de beoordeling van de ontvankelijkheid van het middel in hoofdorde over aan het oordeel van het Hof.

A.48.7. In ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat het middel, aangezien de verzoekende partij het toepassingsgebied *ratione personae* van de bestreden bepaling niet betwist, moet worden verworpen omdat het is uitgehold. Daarenboven, door naar artikel 8, § 2, eerste lid, van de Elektriciteitswet te verwijzen, verwacht de verzoekende partij de transmissienetbeheerder met de distributienetbeheerder door de wetgever te verwijten bij de definitie van die laatstgenoemde geen rekening te hebben gehouden met de taken van de eerstgenoemde als tussenpersoon. De federale wetgever heeft de transmissienetbeheerder echter geenszins uitgesloten uit de definitie van tussenpersoon.

Ten slotte wordt het beperken, bij de bestreden bepaling, van de verplichting om de daarin bedoelde gegevens bij te houden, tot de afnemers die op het transmissienet zijn aangesloten, verklaard door de verdeling van de bevoegdheden tussen de Staat en de gewesten, die inzake distributie bevoegd zijn en eveneens hun wetgeving ten aanzien van de nieuwe richtlijnen dienen te wijzigen.

Tweede onderdeel (afwijkende regeling van de IZT)

A.49.1. Volgens de CREG schendt artikel 65, 5°, van de bestreden wet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de in artikel 15/1, § 4, van de Gaswet bedoelde afwijking met betrekking tot de installaties van de « Interconnector Zeebrugge Terminal » (hierna : IZT) opheft maar nalaat de in artikel 25 van de Gaswet bedoelde afwijking voor diezelfde installaties op te heffen.

De CREG zet uiteen dat de afwijkende regeling waaraan de IZT krachtens artikel 15/1, § 4, van de Gaswet was onderworpen, niet kan worden gehandhaafd ingevolge de inwerkingtreding van het « derde energiepakket » voor de vervoersinstallatie die de IZT is : de richtlijn 2009/73/EG houdt immers in dat zij voortaan wordt onderworpen aan de relevante bepalingen van die richtlijn inzake certificering van de beheerder (artikel 10), inzake toegang van derden tot het gasvervoersnet, inzake tarifiering (artikel 32) en inzake bevoegdheden van de regulator (artikelen 36, 41, leden 6, onder c), en 9, en 42). De Raad van State had, net zoals de nv « Fluxys », de noodzaak van een wetgevend optreden trouwens beklemtoond tijdens de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet. De wetgever heeft artikel 15/1, § 4, van de Gaswet dan gewijzigd om de afwijking met betrekking tot de IZT op te heffen maar heeft die in artikel 25 van dezelfde wet niet opgeheven, die voorziet in de vrijstelling van de toepassing van de hoofdstukken IVter en IVquater van de Gaswet, terwijl die bepalingen op de IZT van toepassing zouden moeten zijn.

De CREG beklemtoont dat het Hof bevoegd is om de ongrondwettigheid af te keuren die voortvloeit uit een lacune in de wet.

A.49.2. De Ministerraad voert aan dat de CREG zich vergist in de wil van de wetgever. De verwijzing naar de IZT werd opgeheven in artikel 15/1, § 4, van de Gaswet omdat de wetgever ervoor heeft gekozen die installaties aan de certificeringsbevoegdheid van de CREG te onderwerpen, in overleg met de Britse tegenhanger van de CREG. De afwijking in de hoofdstukken IVter en IVquater van de Gaswet wordt evenwel gehandhaafd met betrekking tot de IZT aangezien die interconnectie, die vóór de liberalisering van de markt tot stand is gekomen en grote risico's voor de investeerders met zich mee heeft gebracht, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, het voorwerp van een internationaal verdrag heeft uitgemaakt en aangezien de wetgever heeft willen vermijden dat het verdrag ter discussie werd gesteld en een zekere samenhang tussen de in het Verenigd Koninkrijk van toepassing zijnde regeling en de in België van toepassing zijnde regeling heeft willen behouden; de Europese Commissie heeft de handhaving bevestigd van de afwijkingen die reeds in het verleden aan grote infrastructuren zijn toegekend, zelfs na de inwerkingtreding van de richtlijn 2009/73/EG, zoals in overweging 35 ervan wordt aangegeven.

A.49.3. In ondergeschikte orde verzoekt de Ministerraad het Hof om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vragen te stellen, indien het twijfelt aan de geldigheid van de vrijstelling die de IZT geniet :

« Maken de artikelen 36, 41, leden 6, onder c), en 9, en 42 van de 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 : « Gasrichtlijn ») en artikel 8 van de 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 (hierna : « ACER-verordening »), in samenhang gelezen met artikel 194 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het de lidstaten mogelijk te voorzien in de handhaving van een afwijkende regeling teneinde de verworvenheden veilig te stellen van een bilateraal verdrag dat tussen twee lidstaten van de Europese Unie vóór de inwerkingtreding van die bepalingen is gesloten ?

Kan een richtlijn, zoals zij wordt gedefinieerd in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die « verbindend [is] ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch [waarbij] aan de nationale instanties [...] de bevoegdheid [wordt] gelaten vorm en middelen te kiezen », tot gevolg hebben dat zij enkel door haar inwerkingtreding een bilateraal verdrag tussen twee lidstaten van de Europese Unie tenietdoet en leidt tot een niet-naleving door die lidstaten van het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in samenhang gelezen met de artikelen 2 en 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en met artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, die voortvloeit uit de niet-naleving van de verworven rechten van een onderneming ? ».

A.49.4. In haar memorie van antwoord wijst de CREG erop dat de argumentering van de Ministerraad irrelevant is in zoverre ze betrekking heeft op de kwestie van het behoud van artikel 25 van de Gaswet; in haar verzoekschrift heeft zij aangetoond dat de opheffing van de in artikel 15/1, § 4, bedoelde afwijking, zonder een gelijktijdige opheffing van de in artikel 25 bedoelde afwijking, in strijd was met de richtlijn. De Overeenkomst van 10 december 1997 tussen België en het Verenigd Koninkrijk wordt ten onrechte aangevoerd aangezien die Overeenkomst volgens de bewoordingen ervan niet in die zin kan worden geïnterpreteerd dat zij de toepassing van de wetten van een van beide Staten, zoals een wet tot omzetting van de Europese richtlijnen, beperkt. Het aanvoeren van verworven rechten is evenmin relevant aangezien de Overeenkomst het beide Regeringen op ieder ogenblik mogelijk maakt ze te herzien of te beëindigen en aangezien de reeds vermelde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie de bescherming van verworven rechten inzake energie beperkt. De Interconnector heeft trouwens nooit een afwijking op grond van artikel 22 van de richtlijn 2003/55/EG of van artikel 36 van de richtlijn 2009/73/EG genoten. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bovendien in zijn arrest van 7 juni 2005, VEMW, C-17/03, een situatie afgekeurd die analoog is met die welke hier is aangeklaagd.

A.49.5. In zijn memorie van wederantwoord erkent de Ministerraad dat de door de verzoekende partij aangevoerde Overeenkomst het de Regeringen van België en van het Verenigd Koninkrijk mogelijk maakt op elk ogenblik tot een akkoord te komen over de wijziging of de beëindiging van die Overeenkomst, maar wijst hij erop dat een dergelijk akkoord thans niet bestaat, zodat de wetgever het aan de regulators van beide landen heeft overgelaten om het eens te worden over de regeling van de IZT en niet is vooruitgelopen op hun gezamenlijke beslissing: hij had niet eenzijdig een model van « *ownership unbundling* » kunnen opleggen aan een interconnectie die van nature grensoverschrijdend is en die overigens evenmin aan die regels in het Verenigd Koninkrijk is onderworpen. De inachtneming van de krachtens die Overeenkomst verworven rechten past in het bevorderen van de investeringen in nieuwe grote infrastructuur waarop de bij de bestreden wet in werking gestelde richtlijnen, net zoals de vroegere verdragen, zijn gericht.

Het argument dat door de verzoekende partij uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 juni 2005 is afgeleid, is voor het overige niet relevant: het houdt verband met een situatie die voortvloeit uit langetermijncontracten die vóór het « eerste energiepakket » zijn gesloten, terwijl de verworven rechten te dezen voortvloeien uit een bilateraal verdrag dat dateert van vóór de bij de bestreden wet in werking gestelde richtlijnen en dat niet is aangeklaagd. De richtlijn voorziet niet in een dergelijke situatie. Indien de verzoekende partij de door de Belgische wetgever in aanmerking genomen oplossing betwist, staat het aan het Hof van Justitie van de Europese Unie zich uit te spreken over de ambiguïteit die uit de richtlijn voortvloeit.

Derde onderdeel (« offshore »-groenestroomcertificaten)

A.50.1. Volgens de CREG schendt artikel 7 van de bestreden wet, dat artikel 7 van de Elektriciteitswet wijzigt, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het een verschil in behandeling teweegbrengt tussen de exploitanten van verschillende « offshore »-windmolenparken, naargelang hun park is aangesloten op een transmissienet of op een distributienet.

Enkel de exploitanten wier park is aangesloten op het transmissienet, worden immers onderworpen aan de regeling van toekenning van groenestroomcertificaten; de federale wetgever lijkt evenwel bevoegd om te voorzien in een verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten ten laste van de transmissienetbeheerder, ongeacht het net waarop de door de « offshore »-windmolenparken geproduceerde energie werd geïnjecteerd. De kritiek van de Raad van State in dat verband werd verworpen om reden dat ze te theoretisch was, hetgeen onjuist is, aangezien er inmiddels een « offshore »-windmolenpark bestaat dat is verbonden met een net met een spanning van 36 kV, dat dus geen deel uitmaakt van het transmissienet.

A.50.2. De Ministerraad is van mening dat het verzoek om de verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten uit te breiden voor injecties op het distributienet louter theoretisch is, aangezien alle parken op het transmissienet zijn aangesloten. Bovendien zou een dergelijke uitbreiding in strijd zijn geweest met artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen dat alles met betrekking tot de distributienetten aan de gewesten voorbehoudt.

A.50.3. In haar memorie van antwoord verwerpt de CREG de argumentering van de Ministerraad door naar haar verzoekschrift te verwijzen. Zij wijst erop dat een windmolenpark tussen 2008 en 2012 op het net van 36 kV is aangesloten en wellicht nooit tot stand zou zijn gekomen indien het gedurende die periode geen gewaarborgde prijs voor groenestroomcertificaten had kunnen genieten. Een dergelijke situatie zou zich kunnen herhalen.

A.50.4. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de door de verzoekende partij vermelde tijdelijke situatie niet van dien aard is dat zij zijn analyse wijzigt : die situatie kan verschillen naar gelang van de betrokken speler, elementen buiten de wil van die speler en de tijd die nodig is om een windmolenpark in werking te stellen.

Vierde onderdeel (gesloten industriële netten)

A.51. Inzake elektriciteit heeft het middel betrekking op artikel 2 van de bestreden wet, in zoverre het een artikel 2, 41° en 43°, in de Elektriciteitswet invoegt, in samenhang gelezen met artikel 25 van de bestreden wet, in zoverre het een artikel 18bis in de Elektriciteitswet invoegt. Inzake gas heeft het betrekking op artikel 55 van de bestreden wet, in zoverre het een artikel 1, 56° en 57°, in de Gaswet invoegt, in samenhang gelezen met artikel 80 van de bestreden wet, in zoverre het een artikel 15/9bis in de Gaswet invoegt.

De CREG is van mening dat die bepalingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 28 van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG (gesloten distributienetten), met de artikelen 32 van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG (toegang van derden tot het net tegen goedgekeurde tarieven), met artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG (functionele onafhankelijkheid van de regulator ten aanzien van enige andere entiteit), alsook met artikel 35, lid 5, van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 5, van de richtlijn 2009/73/EG (zelfstandige besluiten van de regulator, onafhankelijk van de politieke overheid).

Eerste subonderdeel

A.52.1. Volgens de CREG schenden artikel 18bis van de Elektriciteitswet en artikel 15/9bis van de Gaswet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij erin voorzien dat de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net automatisch wordt verkregen voor de bestaande netten, louter door een aanmelding bij de bevoegde instanties, terwijl die hoedanigheid, overeenkomstig artikel 28 van de richtlijn 2009/73/EG en artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG, uitdrukkelijk moet worden vastgesteld door een instantie, die nagaat of de voorwaarden waarin zij voorzien, zijn vervuld. De bestreden bepalingen doen bovendien een discriminatie ontstaan onder de beheerders van een gesloten industrieel net, aangezien de beheerders van de netten die na de inwerkingtreding van de bestreden wet in dienst zijn gesteld, zich door de bevoegde instantie moeten laten erkennen.

A.52.2. De Ministerraad beroept zich op artikel 18bis van de wet van 29 april 1999 om aan te voeren dat, in tegenstelling tot wat de CREG beweert, (door de Algemene Directie Energie) controle wordt uitgeoefend op de aanmeldingen die strekken tot de toekenning van het statuut van gesloten industrieel net. Aldus wordt tegemoetgekomen aan de eisen van de vertegenwoordigster van de Europese Commissie tijdens haar hoorzitting in de Kamer van volksvertegenwoordigers naar aanleiding van de behandeling van het wetsontwerp. Bovendien zijn de Staten vrij om de toekenning van het voormelde statuut te regelen aangezien de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG in dat verband geen enkele precisering bevatten.

Ten slotte is het verschil in behandeling dat afhankelijk is van de datum van inwerkingstelling van het gesloten net, vóór of na de datum van inwerkingtreding van de wet, verantwoord rekening houdend met de verschillende situatie waarin beide zich bevinden en rekening houdend met de bekommernis om zo spoedig mogelijk de erkenning van de bestaande netten mogelijk te maken teneinde zich te gedragen naar de rechtspraak van het arrest-Citiworks dat door het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak C-439/06 is gewezen.

Hetzelfde geldt voor de gasmarkt.

A.52.3. In haar memorie van antwoord verwerpt de CREG het betoog van de Ministerraad : zij voert aan dat die bepaling, door erin te voorzien dat de melder de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net verkrijgt door de in artikel 18*bis*, § 1, eerste lid, bedoelde aanmelding, de door de Ministerraad verdedigde interpretatie niet toestaat. Bovendien is de Algemene Directie Energie enkel ermee belast de technische conformiteit van het gesloten industriële net met het transmissienet te controleren en niet de naleving van de in artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG en in artikel 28 van de richtlijn 2009/73/EG bedoelde voorwaarden. Ook al leggen die richtlijnen geen bijzondere procedure voor de erkenning van de beheerders van een gesloten industrieel net op, toch kan de wet niet ertoe leiden dat de bepalingen die voorzien in voorwaarden voor het bestaan van een gesloten distributienet, buitenspel worden gezet.

Wat de discriminatie betreft, is zij van oordeel dat de bestreden wet niet het door de Ministerraad beschreven verschil in behandeling invoert tussen beheerders van netten die al dan niet operationeel zijn op de dag van de bekendmaking van de wet : die beperkt zich ertoe hun de mogelijkheid te bieden de daarin bedoelde aanmelding te doen binnen zes maanden na de inwerkingtreding ervan; het criterium van onderscheid is dus de aanmelding binnen die termijn en niet het bestaan van het net, zodat een zelfde situatie met betrekking tot netten die operationeel zijn bij de inwerkingtreding van de wet, tot verschillende situaties kan leiden naargelang de aanmelding al dan niet plaatsvindt. De Ministerraad vergist zich eveneens in de draagwijdte van het arrest-*Citiworks*, aangezien dat is gewezen toen er geen specifieke regeling voor de gesloten netten bestond en toen die als gemeenrechtelijke netten werden beschouwd. Niets maakt het dus mogelijk uit dat arrest af te leiden dat de gesloten industriële netten aan de gesloten distributienetten moeten worden onderworpen of dat de bestreden overgangsbepaling noodzakelijk zou zijn.

A.52.4. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partij zich vergist in de draagwijdte van artikel 18*bis*, § 1, van de Elektriciteitswet aangezien een van de voorwaarden voor de aanwijzing van een beheerder van een gesloten industrieel net het verifiëren van de van toepassing zijnde voorwaarden is.

Tweede subonderdeel

A.53.1. Volgens de CREG schenden artikel 18*bis* van de Elektriciteitswet en artikel 15/9*bis* van de Gaswet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij erin voorzien dat de erkenning van de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net de automatische vrijstelling van verschillende verplichtingen en de onderwerping aan een afwijkend statuut *ad hoc* inhoudt, terwijl de artikelen 28 van beide voormelde richtlijnen erin voorzien dat de vrijstelling wordt toegekend door de regulator, zoals zowel de Europese Commissie als de Raad van State aangeven.

A.53.2. Die schending van het Europese recht gaat gepaard met verschillende discriminaties.

Er bestaat immers een discriminatie onder de distributienetbeheerders (in de zin van het Europese recht). De beheerders van een gesloten distributienet worden enkel van de naleving van de gemeenrechtelijke tariefbepalingen (artikel 18*bis*, § 3, van de Elektriciteitswet en artikel 15/9*bis*, § 3, van de Gaswet) automatisch vrijgesteld, terwijl de beheerders van een gesloten industrieel net op hun beurt van een ruimere reeks verplichtingen worden vrijgesteld (bij paragraaf 2 van dezelfde bepalingen).

Er is bovendien een discriminatie tussen beheerders van een « gewoon » gesloten industrieel net en beheerders van een « gemengd » gesloten net (in de zin van artikel 18*bis*, § 4, van de Elektriciteitswet en van artikel 15/9*bis*, § 4, van de Gaswet). Die laatsten genieten immers niet de automatische vrijstelling van verplichtingen ingevolge de wet; hun statuut moet het voorwerp uitmaken van overleg tussen de federale overheid en de deeltentiteiten.

Het regulerend toezicht door een onafhankelijke regulerende instantie wordt door de Europese wetgever bovendien als een voorwaarde voor een niet-discriminerende nettoegang beschouwd. De niet-naleving van de bevoegdheden inzake regulering enkel in het geval van bepaalde spelers (namelijk de beheerders van gesloten industriële netten), is dus discriminerend. Er is *in casu* een discriminatie tussen gebruikers van een gesloten net, die op dezelfde wijze worden behandeld, terwijl enkel de beheerder van dat net de in de wet bedoelde automatische vrijstellingen geniet.

A.53.3. De Ministerraad voert aan dat de verzoekende partij zich vergist in de draagwijdte van de bestreden bepalingen : die zetten niet de artikelen 28, leden 2 en 3, van de richtlijnen om maar leggen aan de beheerders van een industrieel net verplichtingen op, net zoals aan de andere netbeheerders. Overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn (zoals overweging 30 van de richtlijn 2009/72/EG) en de interpretatieve nota van de Europese Commissie worden die verplichtingen echter aangepast aan de specifieke kenmerken van de beheerder van een industrieel net. Hetzelfde geldt voor de richtsnoeren in tariefaangelegenheden. De CREG beschikt van haar kant over de mogelijkheid om haar algemene controlebevoegdheid uit te oefenen, waarin onder meer in artikel 23 van de Elektriciteitswet is voorzien.

A.53.4. Het verschil in behandeling met betrekking tot de verplichtingen die aan de beheerders van een gesloten industrieel net en aan de beheerders van een gesloten distributienet zijn opgelegd, wordt verantwoord door de omstandigheid dat de in de bestreden bepalingen bedoelde tariefaangelegenheid voor de laatstgenoemden thans onder de federale Staat ressorteert, terwijl de andere aangelegenheden onder de gewesten ressorteren. De wetgever kon met betrekking tot die netten dus enkel in een vrijstelling van de verplichtingen in tariefaangelegenheden voorzien.

A.53.5. Het verschil in behandeling tussen beheerders van een gesloten industrieel net en beheerders van een « gemengd » gesloten net wordt verantwoord door het feit dat het spanningsniveau krachtens de bestreden bepalingen zowel federale bevoegdheden als gewestelijke bevoegdheden inhoudt; zulks houdt vóór de toekenning van de bijzondere regeling echter overleg in dat bij artikel 6, § 3, van de voormelde bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt vereist voor iedere maatregel op het gebied van het energiebeleid, onverminderd de uitzonderingen waarin in die bepalingen is voorzien maar die niet de beheerders van een gemengd gesloten net omvatten.

A.53.6. Het verschil in behandeling tussen gebruikers en beheerders van een gesloten industrieel net is verantwoord, aangezien beiden geen vergelijkbare categorieën uitmaken : de wet voorziet te hunnen aanzien in een definitie, in onderscheiden rechten en plichten, en het feit dat niet in een afwijkende regeling is voorzien die van toepassing is op de gebruikers van het gesloten industriële net, biedt hun de waarborg van een adequate bescherming ten aanzien van de beheerder van dat net.

A.53.7. Ten slotte is de grief met betrekking tot een verschil in behandeling tussen de beheerders van een industrieel net en de andere spelers wat de naleving van de bevoegdheden inzake regulering betreft, niet gegrond aangezien die bevoegdheden in beide gevallen worden uitgeoefend, onder voorbehoud van afwijkingen die worden verantwoord door de situatie van de eerstgenoemden, die toelaatbaar zijn ten aanzien van de Europese eisen en die de CREG geenszins verhinderen haar controlebevoegdheid uit te oefenen.

A.53.8. In haar memorie van antwoord voert de CREG aan dat artikel 18bis, §§ 2 en 3, in zoverre het afwijkt van de bepalingen van de wet, in de automatische toekenning van vrijstellingen voorziet, terwijl die bevoegdheid bij artikel 28, lid 2, van de richtlijnen aan de regulator wordt voorbehouden. Niets verantwoordt overigens dat de beheerders van gesloten industriële netten die eveneens de gebruikers zijn van het net dat zij beheren, de enigen zijn die de bestreden bepalingen genieten, terwijl zij zich in die laatste hoedanigheid wel degelijk in een situatie bevinden die identiek is aan die van de andere gebruikers van het gesloten net.

A.53.9. In zijn memorie van wederantwoord voegt de Ministerraad, opnieuw verwijzend naar artikel 23 van de Elektriciteitswet, daaraan toe dat de CREG ook over de mogelijkheid beschikt om aanvullende richtsnoeren uit te vaardigen die op de beheerder van een gesloten industrieel net van toepassing zijn.

Derde subonderdeel

A.54.1. Volgens de CREG schenden artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet en artikel 1, 56°, van de Gaswet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre daarin niet de precisering met betrekking tot de huishoudelijke afnemers wordt vermeld die voorkomt in artikel 28, lid 4, van beide voormelde richtlijnen, waarbij bepaald wordt dat incidenteel gebruik door een klein aantal huishoudens die werkzaam zijn bij of vergelijkbare betrekkingen hebben met de eigenaar van het distributiesysteem en gevestigd zijn in het gebied dat door een gesloten distributiesysteem bediend wordt, niet uitsluit dat een ontheffing uit hoofde van artikel 28, lid 2, wordt toegestaan.

De in het geding zijnde bepalingen zijn eveneens discriminerend om *mutatis mutandis* dezelfde redenen als die welke in A.53.2 zijn vermeld.

A.54.2. De Ministerraad wijst erop dat artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet (net zoals de overeenstemmende bepaling van de Gaswet) het gesloten industriële net weliswaar in die zin definieert dat het geen huishoudelijke afnemers bevoorraadt, maar erin voorziet dat het « in de eerste plaats » bestemd is om eindafnemers te bedienen die op de industriële of commerciële locatie of de locatie met gedeelde diensten zijn gevestigd die door dat net wordt bediend. De regulator kan die bepaling dus interpreteren in het licht van artikel 28, lid 4, van de richtlijn, zodat het bij die bepaling aangenomen bestaan van huishoudelijke afnemers niet zal verhinderen dat het net als een gesloten distributienet in de zin van artikel 28, lid 2, van de richtlijn kan worden aangemerkt en de in die bepaling bedoelde vrijstelling kan genieten.

A.54.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de bestreden bepalingen enkel in overeenstemming met de richtlijnen zouden kunnen zijn indien het Hof oordeelt dat zij kunnen worden geïnterpreteerd zoals de Ministerraad suggereert.

Vierde subonderdeel

A.55.1. Volgens de CREG schenden artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet en artikel 1, 56°, van de Gaswet de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij het gesloten industriële net definiëren onder verwijzing naar een net binnen een geografisch afgebakende locatie dat « in de eerste plaats » bestemd is om de eindafnemers te bedienen die erop zijn gevestigd, hetgeen laat verstaan dat het net eindafnemers zou kunnen bedienen die niet op die locatie zijn gevestigd. In die mogelijkheid wordt niet voorzien bij artikel 28, lid 1, van beide voormelde richtlijnen.

De in het geding zijnde bepalingen zijn eveneens discriminerend om *mutatis mutandis* dezelfde redenen als die welke in A.53.2 zijn vermeld.

A.55.2. De Ministerraad voert aan dat de verzoekende partij aan de bestreden bepalingen een interpretatie geeft die niet verenigbaar is met de parlementaire voorbereiding van de wet, zodat het middel feitelijke grondslag mist.

A.55.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de bestreden bepalingen enkel bestaanbaar met de Grondwet zouden kunnen zijn indien zij worden geïnterpreteerd zoals de Ministerraad suggereert.

Vijfde subonderdeel

A.56.1. Volgens de CREG schendt artikel 55 van de bestreden wet, dat artikel 1, 57°, in de Gaswet invoegt, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de natuurlijke of rechtspersoon die krachtens een « *wheeling agreement* » een eindafnemer via zijn aansluitingspunt aan het aardgasvervoersnet zonder financiële prestatie of compensatie laat afnemen, van het begrip « beheerder van een gesloten industrieel net » uitsluit.

De inzake elektriciteit beoogde soortgelijke bepaling werd verlaten ingevolge een opmerking van de Raad van State, maar die inzake gas werd behouden ondanks de identieke opmerking door middel van een verwijzing door de Raad van State. Er valt niet in te zien wat dat verschil in behandeling verantwoordt. De bepaling brengt bovendien een discriminatie teweeg tussen de gebruikers van gesloten industriële netten, naargelang zij al dan niet een « *wheeling agreement* » met de eigenaar van het betrokken net hebben gesloten, in zoverre de eerstgenoemden de in de richtlijn 2009/73/EG bedoelde - zelfs minder zware - juridische regeling (met name het recht op toegang van derden en het recht om zijn leverancier te kiezen) niet zullen genieten.

A.56.2. De Ministerraad voert aan, door zich op de parlementaire voorbereiding van het voormelde artikel 55 te beroepen, dat dat artikel moet worden geïnterpreteerd door te verwijzen naar de definitie van beheerder van een gesloten industrieel net, bedoeld in artikel 2, 43°, van de Elektriciteitswet, ingevoegd bij artikel 2, 21°, van de bestreden wet.

A.56.3. In haar memorie van antwoord acht de CREG de suggestie van de Ministerraad origineel maar meent zij dat een rechter die een geschil daarover moet beslechten, geen blijk zal geven van hetzelfde pragmatisme. Pleiten voor het uniformiseren van beide regelingen lijkt aan te sluiten bij de erkenning van de door de verzoekende partij aangeklaagde discriminaties.

A.56.4. In zijn memorie van wederantwoord acht de Ministerraad het standpunt van de verzoekende partij tegenstrijdig, die, enerzijds, in haar verzoekschrift een verschil in behandeling tussen beheerders van gesloten industriële netten aanklaagt naargelang zij aan de Gaswet of aan de Elektriciteitswet zijn onderworpen, terwijl zij in soortgelijke situaties zijn geplaatst en, anderzijds, in haar memorie van antwoord meent dat de uniformisering van de regelingen leidt tot het erkennen van het bestaan van de discriminaties.

Vijfde onderdeel (tractienet spoor)

A.57.1. Volgens de CREG schendt artikel 2 van de bestreden wet, in samenhang gelezen met artikel 26 ervan, die respectievelijk de artikelen 2, 42°, en 18ter van de Elektriciteitswet invoegen, de in het middel vermelde bepalingen in zoverre het de regeling van de gesloten (industriële of distributie)netten toekent aan het tractienet spoor.

De CREG voert aan dat de bestreden bepalingen, indien moet worden aangenomen dat het elektrische tractienet spoor binnen de werkingssfeer van de richtlijn 2009/72/EG valt, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG, schenden omdat zij de regeling van de gesloten industriële netten onder bepaalde voorwaarden van toepassing maken op het tractienet spoor, terwijl het geen gesloten distributienet is, aangezien het geen geografisch afgebakende locatie is.

Die schending van het Europese recht gaat gepaard met een discriminatie, aangezien de beheerders van een industrieel net de in het geding zijnde afwijkende regeling enkel kunnen genieten indien het een gesloten net betreft, terwijl het tractienet spoor ze geniet hoewel het nochtans geen gesloten net betreft.

A.57.2. De Ministerraad doet gelden dat het tractienet spoor, zoals in de parlementaire voorbereiding wordt aangegeven, geen onderscheiden categorie van gesloten netten vormt en dat artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG moet worden gelezen op een wijze die constructief is en bestaanbaar met de richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 « inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering », met toepassing waarvan het begrip « spoorwegnet » het gehele Belgische grondgebied moet bestrijken. Aangezien de treinen op elektriciteit rijden, bestaat er een verband tussen beide richtlijnen en dient te worden aangenomen dat het gesloten industriële spoorwegnet zich per definitie in een « geografisch afgebakende [...] locatie » in de zin van artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG bevindt; dat artikel beperkt geenszins de minimale of maximale oppervlakte van die locatie, zodat het tractienet het deel van de spoorweginfrastructuur is dat als een geheel moet worden beschouwd. Anders daarover beslissen door het gesloten industriële net in stukken te verdelen, zou aanleiding kunnen geven tot ongevallen, in het geval van een elektrisch probleem, bij gebrek aan één enkel afnamepunt.

A.57.3. In haar memorie van antwoord is de CREG van mening dat de argumentering van de Ministerraad een impliciete erkenning van de niet-naleving van het Europese recht vormt omdat een internrechtelijke definitie niet kan verantwoorden dat daarvan wordt afgeweken. De zorgen om opportuniteit zijn irrelevant en het bestaan van één enkel net houdt geen verband met het gesloten karakter ervan. Het is in elk geval onjuist te beweren dat het tractienet spoor zich over het gehele Belgische grondgebied zou uitstrekken of duidelijk afgebakend zou zijn en dat een net dat zich over het gehele grondgebied van een lidstaat zou uitstrekken, een gesloten net zou zijn. Zo niet zouden belangrijke voorschriften van de richtlijnen niet van toepassing zijn.

A.57.4. In zijn memorie van wederantwoord is de Ministerraad van mening dat een interpretatie waarbij twee richtlijnen op voet van gelijkheid worden geplaatst, geen impliciete erkenning van de niet-naleving van het Europese recht is en voert hij aan dat de wetgever, integendeel, indien zulks mogelijk is, beide richtlijnen met elkaar dient te verzoenen. Hij is bovendien van mening dat de verzoekende partij niet aantoont in welk opzicht het aanmerken van het tractienet spoor als een gesloten net artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG zou schenden of het gesloten karakter van het net zou ontkennen.

- B -

Ten aanzien van de bestreden bepalingen

B.1. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : « CREG ») stelt een beroep in tot vernietiging van verschillende bepalingen van 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 produkten en andere door middel van leidingen ».

B.2. De bestreden wet wijzigt de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna : « Elektriciteitswet ») en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen (hierna : « Gaswet ») teneinde verschillende bepalingen van het Europees Unierecht in het Belgische recht om te zetten of toe te passen, namelijk :

- de 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 : « richtlijn 2009/72/EG »);

- de 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 : « richtlijn 2009/73/EG »);

- de richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (hierna : « richtlijn 2009/28/EG »);

- de 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 (hierna : « verordening (EG) nr. 713/2009 »);

- de 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 (hierna : « verordening (EG) nr. 714/2009 »);

- de 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 (hierna : « verordening (EG) nr. 715/2009 »).

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

B.3. In verband met het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel voert de Ministerraad aan dat het Hof geen kennis zou kunnen nemen van een middel dat geen discriminatie zou aantonen die door de verzoekende partij op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is opgeworpen; in verband met het derde subonderdeel van datzelfde onderdeel is hij om dezelfde reden van mening dat het middel, wat dat subonderdeel betreft, onontvankelijk zou zijn. Soortgelijke bezwaren worden eveneens geformuleerd met betrekking tot het zevende subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel.

B.4.1. Krachtens artikel 142, tweede lid, van de Grondwet en artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, is het Hof bevoegd om uitspraak te doen op de beroepen tot vernietiging van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel, wegens schending van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten of wegens schending van de artikelen van titel II (« De Belgen en hun rechten ») en van de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet.

B.4.2. Het Hof is niet bevoegd om wettelijke normen rechtstreeks te toetsen aan algemene beginselen of verdragsbepalingen. Het kan ermee rekening houden bij de grondwettigheidstoets die het binnen de hiervoor gepreciseerde perken uitvoert, doch enkel

wanneer tevens bepalingen worden aangevoerd waaraan het Hof wel rechtstreeks vermag te toetsen, hetzij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, hetzij, wanneer een verdragsbepaling wordt aangevoerd, een grondwetsbepaling die analoge rechten of vrijheden waarborgt.

B.5. Alle middelen zijn afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met andere grondwettelijke bepalingen, met bepalingen van het recht van de Europese Unie of met algemene rechtsbeginselen. Ook al wordt in het merendeel ervan de wijze aangeklaagd waarop de in B.2 vermelde bepalingen van het recht van de Europese Unie bij de bestreden wet in Belgisch recht zijn omgezet, toch zijn die middelen afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met een of meer bepalingen van het Europees Unierecht of internationaalrechtelijke bepalingen, in zoverre de verzoekende partij, die volgens haar is onderworpen aan een wet die niet in overeenstemming zou zijn met de Europese richtlijnen die die wet omzet, zou worden gediscrimineerd ten opzichte van de rechtssubjecten die zijn onderworpen aan wetten die wel in overeenstemming zouden zijn met de Europese richtlijnen die zij omzetten.

Het Hof is dus bevoegd om kennis te nemen van het beroep tot vernietiging en de in het geding zijnde middelen zijn ontvankelijk, onder voorbehoud dat ten gronde zal worden onderzocht of daadwerkelijk een verschil in behandeling is ingevoerd.

Ten gronde

Wat het onderwerp van de bestreden wet betreft

B.6. De CREG is op algemene wijze van mening dat de bepalingen waarvan zij de vernietiging vordert, bepalingen van het recht van de Europese Unie omzetten, of uitvoering eraan geven in Belgisch recht, op een wijze die het haar niet mogelijk maakt zich correct te kwijten van de taak van controle die haar is toegekend, rekening houdend met het Europese kader dat de rol van de nationale regulerende instanties definieert.

B.7. De CREG is de federale instelling voor de regulering van de elektriciteits- en aardgasmarkt in België. Ze is een autonome instelling met rechtspersoonlijkheid.

De CREG is krachtens de Gaswet en de Elektriciteitswet belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de elektriciteits- en aardgasmarkt, enerzijds, en met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds.

B.8. De bestreden wet heeft onder meer tot doel Europese richtlijnen in Belgisch recht om te zetten die zijn aangenomen na die welke in 2003 met betrekking tot de liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkt zijn aangenomen. In de parlementaire voorbereiding wordt in dat verband vermeld :

« Gelet op de feedback sinds de vrijmaking van de elektriciteit- en aardgasmarkten in België en om te voldoen aan de nieuwe vereisten opgelegd door Richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG dienaangaande, versterkt dit voorontwerp van wet de regelgevende autoriteit van deze markten op federaal niveau, met name de CREG.

Deze versterking vindt plaats op drie niveaus :

- groei van de onafhankelijkheid van de CREG;
- uitbreiding van de bevoegdheden en middelen van de CREG, in het bijzonder inzake tarieven;
- samenwerking van de CREG met het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregelgevers (hierna ' ACER ') » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 10).

Volgens dezelfde parlementaire voorbereiding hebben de nieuwe bepalingen onder meer tot doel :

- 1) de onafhankelijkheid van de CREG te versterken :

« Dit voorontwerp van wet vergroot de onafhankelijkheid van de CREG ten opzichte van de belangen van zowel de privé-sector als de openbare sector. Er is onder andere voorzien dat het budget van de CREG zal worden goedgekeurd door de Kamer van volksvertegenwoordigers, op voorstel van het Directiecomité van de CREG. Er is ook voorzien dat de CREG erop toeziet dat haar personeel en de personen belast met haar beheer onafhankelijk van ieder commercieel belang handelen, en dat zij bij het uitoefenen van hun taken geen rechtstreekse instructies verzoeken of aanvaarden van een overheid of van een andere openbare of privé-entiteit » (*ibid.*, p. 10).

2) de bevoegdheden van de CREG te versterken :

« Dit voorontwerp van wet verduidelijkt eerst en vooral de doelstellingen waartoe de CREG is gehouden in het kader van het uitoefenen van haar opdrachten. Deze doelstellingen hebben onder andere betrekking op de volgende domeinen :

- de bijdrage aan de ontwikkeling van concurrentiële, zekere en milieuvriendelijke interne elektriciteit- en aardgasmarkten;

- de garantie van de bescherming van de eindafnemers en voor het ristorneren van de winsten tengevolge de vrijmaking van de elektriciteit- en aardgasmarkten aan deze eindafnemers;

- de bevordering van de energie-efficiëntie en de elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen bevorderen.

Dit voorontwerp van wet versterkt verder de bevoegdheden van de CREG, onder andere op de volgende domeinen :

- de vaststelling van de tariefmethodologieën die van toepassing zijn voor de vaststelling van de tarieven die gelden voor de aansluiting, het gebruik en desgevallend de diensten die worden aangeboden door de beheerders van de elektriciteitstransmissienetten en aardgasvervoersnetten en/of van elektriciteits- en aardgasdistributienetten alsook voor de aardgasopslag- en LNG-installaties [installaties voor vloeibaar aardgas];

- het toezicht op de naleving door de vervoersnetbeheerder (hierna ‘ VNB ’) en de beheerders van de opslaginstallaties voor aardgas en de LNG-installaties, van de voorschriften betreffende de toegang van derden, hun verplichtingen met betrekking tot de ontvlechting, evenwichtsmechanismen, methoden van congestiebeheer en het beheer van interconnecties;

- het toezicht op de veiligheid en de betrouwbaarheid van het net en op de evaluatie van de regels die de veiligheid en de betrouwbaarheid van het net regelen;

- het toezicht op de investeringsprogramma’s opgemaakt door de VNB’s en de evaluatie van de verenigbaarheid van dit programma met het tienjarig netontwikkelingsplan voor heel [...] Europa;

- het toezicht op het nakomen van de verplichtingen inzake de transparantie;

- het toezicht op de mate van opening van de markten en van mededinging en de bevordering van een effectieve concurrentie, in samenwerking met de Concurrentieraad;

- de garantie van de volle werking van de beschermingsmaatregelen van de eindafnemers » (*ibid.*, pp. 11 en 12).

3) de consumentenbescherming te verbeteren :

« Het onderhavige voorontwerp van wet versterkt de bescherming van deze consumenten nog meer, binnen de grenzen van de bevoegdheden van de federale instanties ter zake. Deze versterking vertaalt zich meer bepaald in een uitbreiding van de rechtsmachten en bevoegdheden van de CREG, door de aan de leveranciers opgelegde verplichtingen inzake transparantie en informatie te vermeerderen, in het bijzonder met betrekking tot hun leveringsovereenkomsten en hun facturen, en door de verplichtingen ten laste van de TNB van elektriciteit en aardgas inzake slimme netten en meters » (*ibid.*, p. 13).

Wat de weergave van de bestreden bepalingen en het onderzoek van de middelen betreft

B.9. De bestreden wet wijzigt de Gaswet en de Elektriciteitswet door daarin vaak identieke bepalingen in te voegen of door de bepalingen ervan op identieke wijze te wijzigen. De richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG bevatten zelf bepalingen die vaak identiek zijn. De grieven die de partijen tegen de nieuwe bepalingen van een van de voormelde wetten aanvoeren, zijn vaak identiek aan die welke zij aanvoeren tegen de andere wet.

Wanneer zulks het geval is, zal het Hof, in het vervolg van het arrest, verwijzen naar al die bepalingen in de uiteenzetting van het middel en vervolgens alleen naar de bepalingen van de Elektriciteitswet of van de richtlijn 2009/72/EG, en zulks teneinde de lectuur van het arrest te vereenvoudigen. In voorkomend geval zal worden aangegeven dat dezelfde redenering geldt met betrekking tot de Gaswet en de richtlijn 2009/73/EG.

In het tegenovergestelde geval zal het Hof apart verwijzen naar de ene of de andere van die bepalingen.

Wat het eerste middel betreft

B.10. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 1, 11 en 14, van de richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, 11 en 14, van de richtlijn 2009/73/EG, en met artikel 16 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten

van de mens (eerste onderdeel), en met de artikelen 9, 10, 11, 15, lid 2, 35, leden 4 en 5, 36, onder g), en 37, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 9, 10, 11, 36, 39, leden 4 en 5, 40, onder g), en 41, leden 6 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook met de artikelen 15, lid 2, 16, lid 6, tweede alinea, en 17, lid 4, van de verordening (EG) nr. 715/2009, met de « artikelen 1, lid 10, 2, leden 6 en 13, 5, leden 2 en 4, 6, lid 1, en volgende van bijlage I van die verordening », en met artikel 16, lid 2, van de richtlijn 2009/28/EG (tweede onderdeel).

Eerste onderdeel

B.11.1. In een eerste subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 38, 1°, van de bestreden wet, dat artikel 24, § 1, van de Elektriciteitswet wijzigt, strijdig te zijn met artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG en bijgevolg afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid van het directiecomité van de CREG door een algemene raad op te richten die deel uitmaakt van de CREG, gemachtigd is de richtsnoeren te bepalen voor de uitvoering van de wet en samengesteld is uit leden die niet onderworpen zijn aan de vereisten van onafhankelijkheid waarin is voorzien voor de leden van het directiecomité. Artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG zou bijgevolg niet correct zijn omgezet.

B.11.2. Artikel 24, §§ 1 en 3, van de Elektriciteitswet, gewijzigd door artikel 38 van de bestreden wet, bepaalt :

« § 1. De organen van de commissie zijn het directiecomité en de Geschillenkamer bedoeld in artikel 29. Er wordt eveneens een algemene raad opgericht. Het directiecomité en de algemene raad stellen ieder een huishoudelijk reglement op dat ter informatie aan de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt overgezonden.

[...]

§ 3. De algemene raad is samengesteld uit vertegenwoordigers van de federale regering, van werknemers-, werkgevers-, middenstandsorganisaties en milieuverenigingen, en van producenten, van de netbeheerder, distributienetbeheerders, tussenpersonen, leveranciers en verbruikers. De gewestregeringen worden uitgenodigd om vertegenwoordigers af te vaardigen. Bij een in Ministerraad overlegd besluit, na raadpleging van de gewestregeringen, bepaalt de Koning de samenstelling en de werking van de algemene raad.

De Algemene Raad heeft als taak :

1° op eigen initiatief of op verzoek van de minister richtsnoeren te bepalen voor de toepassing van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan;

2° binnen 40 dagen na ontvangst van het verzoek vanwege het directiecomité een advies te formuleren betreffende elke kwestie die hem door het directiecomité wordt voorgelegd; het directiecomité kan op gemotiveerde wijze de algemene raad verzoeken dit advies binnen een kortere termijn te verstrekken voor kwesties met betrekking tot adviezen gevraagd in het kader van de artikelen 19 en 32, te dien einde kunnen buitengewone vergaderingen van de Algemene Raad worden georganiseerd; bij ontstentenis van een tijdig advies, wordt dit geacht gunstig te zijn wat betreft de door het directiecomité in voorkomend geval ingenomen standpunten;

3° een discussieforum te zijn over de doelstellingen en strategieën van het energiebeleid.

De algemene raad kan het directiecomité om studies of adviezen vragen.

De algemene raad kan studies uitvoeren en adviezen uitbrengen op vraag van de minister.

De algemene raad beschikt [over] een passende begroting voor de uitvoering van zijn taken.

Het directiecomité handelt onafhankelijk van de algemene raad en aanvaardt geen enkele instructie vanwege de raad ».

B.11.3. Blijkens artikel 24 van de Elektriciteitswet, dat deel uitmaakt van hoofdstuk VI (« Reguleringsinstantie, geschillenregeling ») van die wet, is de algemene raad een orgaan van de CREG. De algemene raad is samengesteld uit vertegenwoordigers van de federale Regering, van representatieve werknemers-, werkgevers- en middenstandsorganisaties, milieuverenigingen, producenten, netbeheerders, distributienetbeheerders, tussenpersonen, leveranciers en verbruikers en van de Gewestregeringen. Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft opgemerkt, gaat het « met andere woorden om allerlei actoren uit de energiesector en het middenveld die uitdrukkelijk niet over de vereiste onafhankelijkheid beschikken om deel uit maken van de regulerende instantie volgens artikel 35, lid 4, b), i), van richtlijn 2009/72/EG (en de parallelle bepaling van artikel 39, lid 4, b), i), van richtlijn 2009/73/EG) » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 312-313).

Artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG bepaalt :

« 4. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de regulerende instantie en zorgen ervoor dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Te dien einde waken de lidstaten erover dat de regulerende instantie, bij de uitvoering van de reguleringstaken die haar bij deze richtlijn en de aanverwante wetgeving zijn opgelegd :

a) juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit;

b) ervoor zorgt dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer :

i) onafhankelijk zijn van marktbelangen, en

ii) bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten ».

Een analoge regeling is neergelegd in artikel 39, lid 4, van de richtlijn 2009/73/EG.

Hoewel die bepalingen zich niet ertegen verzetten dat binnen de bevoegde nationale regulerende instanties meerdere organen worden opgericht, vereisen zij wel, zoals ook de Europese Commissie aangeeft in haar interpretatieve nota met betrekking tot deze bepalingen (*Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas. The Regulatory Authorities*, Brussels, 22 January 2010, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, p. 4) dat al die organen aan de vermelde onafhankelijkheidseisen beantwoorden. Uit artikel 24, § 3, tweede lid, 1°, van de Elektriciteitswet, dat bepaalt dat de raad « op eigen initiatief of op verzoek van de minister richtsnoeren » kan « bepalen voor de toepassing van [de] wet en de uitvoeringsbesluiten ervan » kan overigens afgeleid worden dat de bevoegdheid van de algemene raad niet beperkt is tot het formuleren van adviezen die in het geheel niet bindend zouden zijn voor de regulator. Het komt de wetgever toe, zoals hij blijktens de memorie van de Ministerraad voornemens is te doen, de algemene raad op te richten los van de CREG, op een wijze die de onafhankelijkheid van de CREG volkomen waarborgt.

B.11.4. Het eerste subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is gegrond. Bijgevolg dienen de zin « Er wordt eveneens een algemene raad opgericht. » en de woorden « en de algemene raad » in artikel 38, 1°, van de bestreden wet te worden vernietigd, alsook artikel 38, 6°, van dezelfde wet.

B.12.1. In een tweede subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 38, 1°, en 43 van de bestreden wet, die de artikelen 24 en 29 van de Elektriciteitswet wijzigen, strijdig te zijn met artikel 37, lid 11, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre zij van de geschillenkamer een orgaan maken dat geen enkele band met de CREG heeft, dat over bevoegdheden beschikt die onderscheiden zijn van die van de directieraad, en waarvan de leden niet zijn onderworpen aan dezelfde vereisten inzake onafhankelijkheid als het personeel van de regulerende instantie.

B.12.2. Artikel 29 van de Elektriciteitswet, gewijzigd bij de bestreden wet, bepaalt :

« § 1. Binnen de commissie wordt een Geschillenkamer opgericht die, op verzoek van één van de partijen, beslist over geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de verplichtingen die aan de netbeheerder, aan de distributienetbeheerders en aan de beheerders van gesloten industriële netten krachtens deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan werden opgelegd, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verbintenissen.

§ 2. De Geschillenkamer bestaat uit een voorzitter, twee andere leden en drie plaatsvervangers, benoemd bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad, voor een hernieuwbare termijn van zes jaar. In afwijking van het voorgaande worden bij de oprichting van de Geschillenkamer één lid en één plaatsvervanger benoemd voor een aanvankelijke termijn van twee jaar en één lid en één plaatsvervanger voor een aanvankelijke termijn van vier jaar.

De voorzitter en één plaatsvervanger worden aangewezen onder de magistraten van de rechterlijke orde; de andere leden en plaatsvervangers worden aangewezen omwille van hun deskundigheid inzake mededinging. De leden en de plaatsvervangers mogen niet onder de leden van de organen en de personeelsleden van de commissie worden gekozen. De Koning bepaalt het bedrag van de vergoedingen die hun worden toegekend.

§ 2bis. De leden van de wetgevende Kamers, van het Europees Parlement en van de parlementen van de Gemeenschappen en de Gewesten, de ministers, de staatssecretarissen, de leden van een gemeenschaps- of gewestregering, de leden van het kabinet van een lid van de federale regering of van een gemeenschaps- of gewestregering en de leden van de bestendige deputaties van de provincieraden mogen de functies van voorzitter, van lid of plaatsvervanger van de Geschillenkamer niet uitoefenen.

De voorzitter, de leden en plaatsvervangers van de Geschillenkamer mogen geen enkele functie of activiteit, bezoldigd of niet, uitoefenen in dienst van de netbeheerder, van een van de eigenaars van het net, van een producent, van een distributiemaatschappij of van een tussenpersoon zoals omschreven in artikel 2, of van een gasbedrijf zoals gedefinieerd in artikel 1 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen.

Het verbod waarin het tweede lid voorziet blijft bestaan gedurende een jaar na het einde van het mandaat van de voorzitter, van de leden en de plaatsvervangers van de Geschillenkamer.

De bijlagen bedoeld in § 2 kunnen in de betaling voorzien, op het einde van het mandaat van de voorzitter, van de leden [of] van de plaatsvervangers van de Geschillendienst, van een compenserende vergoeding rekening houdend met het verbod bedoeld in het tweede en derde lid. Deze vergoeding mag de helft van de brutobijslag van de voorzitter, van de leden of van de plaatsvervangers voor de twaalf maanden voorafgaand aan het einde van hun mandaat niet overtreffen.

De voorzitter, de leden en de plaatsvervangers van de Geschillenkamer mogen geen aandelen, of andere met aandelen gelijk te stellen waardepapieren, uitgegeven door elektriciteitsbedrijven (andere dan zelfopwekkers) of gasbedrijven, bezitten, noch financiële instrumenten die de mogelijkheid bieden om dergelijke aandelen of waardepapieren te verwerven of over te dragen, of die aanleiding geven tot een betaling in contanten welke hoofdzakelijk afhankelijk is van de evolutie van de waarde van dergelijke aandelen of waardepapieren.

Indien de voorzitter, een lid of een plaatsvervanger, rechtstreeks of onrechtstreeks, een tegengesteld belang heeft bij een geschil voorgelegd aan de Geschillenkamer, mag hij de betreffende beraadslagingen van de Geschillenkamer niet bijwonen, noch deelnemen aan de stemming. Hij moet de voorzitter, de overige leden van het directiecomité en/of de overige plaatsvervangers van de Geschillenkamer hierover vooraf inlichten, die daarvan melding moet maken in haar beslissing.

De mandaten van de voorzitter, de leden en de plaatsvervangers van de Geschillendienst verstrijken wanneer zij de volle leeftijd van vijfenzestig jaar hebben bereikt.

§ 3. De Geschillenkamer beslist met een gemotiveerde administratieve beslissing over de aangelegenheden die bij haar aanhangig worden gemaakt, na de betrokken partijen te hebben gehoord. Zij kan overgaan of doen overgaan tot alle nuttige onderzoeken en kan, indien nodig, deskundigen aanwijzen en getuigen horen. Zij kan bewarende maatregelen opleggen in dringende gevallen.

Bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad, bepaalt de Koning de procedureregels die van toepassing zijn voor de Geschillenkamer.

De Geschillenkamer doet uitspraak binnen twee maanden na de aanhangigmaking. Deze termijn kan met twee maanden worden verlengd ingeval de Geschillenkamer om bijkomende inlichtingen verzoekt. Een nieuwe verlenging van deze termijn is mogelijk mits akkoord van de aanvrager.

De beslissing van de Geschillenkamer is dwingend, voor zover zij niet werd vernietigd ingevolge een beroep voor de bevoegde rechtbanken ».

B.12.3. Artikel 37, lid 11, van de richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat de regulerende instantie fungeert als instantie ter beslechting van geschillen tussen systeembeheerders en gebruikers. Artikel 24, § 1, van de Elektriciteitswet, gewijzigd bij de bestreden wet, bepaalt echter dat de geschillenkamer, zoals het directiecomité, een orgaan van de CREG is, zodat kan worden aangenomen dat die laatste als geschillenbeslechttingsinstantie optreedt. Eveneens kan worden aanvaard dat de wetgever van de geschillenkamer een afzonderlijk orgaan heeft gemaakt, waarvan de leden gehouden zijn tot onderscheiden vereisten inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid, rekening houdend met het feit dat dat orgaan, volgens het voormelde artikel 37, lid 11, moet worden belast met de geschillen betreffende de verplichtingen die zijn opgelegd aan de transmissie- of distributiesysteembeheerders en met het feit dat het directiecomité ertoe kan zijn gebracht zich voordien over dergelijke verplichtingen of over de draagwijdte ervan uit te spreken. In de parlementaire voorbereiding wordt in dat opzicht vermeld :

« In navolging van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, past het op te merken dat de bevoegdheden van de CREG in de schoot van de Geschillenkamer, beantwoorden aan de bekommernis om de onpartijdigheid van deze kamer te respecteren. De tussenkomst van de CREG bij de regeling van geschillen zou strijdig zijn met de beginselen van de onpartijdigheid, vermits de CREG aldus rechter en partij zou kunnen zijn.

De regeling van geschillen met betrekking tot de verplichtingen van de beheerders (met name tarifaire waarbij het Directiecomité van de CREG misschien officieus zijn advies zou hebben gegeven of wat de geschillen inzake toegang betreft) kan vooronderstellen dat de CREG reeds een standpunt heeft ingenomen. Hij zou bijgevolg niet als onafhankelijk worden aanzien in de zin van artikel 6 van het EVRM en zou hij zichzelf moeten ontlasten. De onpartijdigheidsvereiste verplicht om, zeker bij de reguleringsinstantie, personen aan te wijzen die onafhankelijk zijn ten opzichte van het Directiecomité van de CREG, zoals magistraten, hoewel het secretariaat van deze instantie wordt behouden in de schoot van de CREG. De aanwezigheid van magistraten in deze instantie is van aard om zijn onafhankelijkheid te versterken. De opmerking van de afdeling wetgeving van de Raad van State kan dus niet worden gevolgd » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 79).

De grief van de verzoekende partij dat de wet de geschillen betreffende de contractuele rechten ten onrechte van de bevoegdheid van de geschillenkamer zou uitsluiten is evenmin gegrond, rekening houdend met wat het voormelde artikel 37, lid 11, van de richtlijn bepaalt. Die bepaling beperkt de bevoegdheid van de regulerende instantie immers tot de « klacht [...]

tegen een transmissie- of distributiesysteembeheerder met betrekking tot diens verplichtingen » zonder de geschillen inzake contractuele rechten te beogen.

B.12.4. Het tweede subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

B.12.5. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.13.1. In een derde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 38, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 24, § 2*bis*, van de Elektriciteitswet wijzigt, strijdig te zijn met artikel 35, lid 5, tweede alinea, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het het begrip bijzonder ernstige inbreuk, dat, krachtens die bepaling, ertoe kan leiden een tuchtrechtelijke vervolging in te stellen tegen de leden van het directiecomité van de CREG, ten onrechte zou uitbreiden tot de schending van elke wettelijke of reglementaire bepaling.

B.13.2. Artikel 24, § 2*bis*, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 2*bis*. Bij besluit van de Ministerraad, genomen ingevolge een voorstel dat door de minister is gedaan op basis van het advies van de Tuchtraad volgens de procedure bepaald in deze paragraaf, kan een einde worden gemaakt aan het mandaat van de voorzitter of van een of van meerdere leden van het directiecomité van de commissie die aansprakelijk zijn voor een van de volgende inbreuken :

- schending van de voorwaarden van onafhankelijkheid waarin deze wet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten, voorzien;

- schending, in de uitoefening van hun mandaten, van elke andere wettelijke of reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op de voorzitter en/of de leden van het directiecomité krachtens deze wet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten.

Na de vaststelling van een inbreuk, bedoeld in het eerste lid, en binnen de maand nadat hij van deze inbreuk heeft kennis genomen, zoekt de minister de Tuchtraad ingesteld door § 2*ter* aan bij een aangetekende brief met ontvangstmelding. Deze brief beschrijft inzonderheid de aard van de feiten die geacht worden de inbreuk te vormen. Geen enkele vermelding wordt gedaan in deze brief over de gevolgen die dienen te worden gegeven aan deze inbreuk.

Binnen drie maanden na de verzending van de in het tweede lid bedoelde brief, roept de Tuchtraad de partijen, zijnde de minister en de persoon jegens wie de inbreuk is vastgesteld, op voor een hoorzitting. De oproeping voor deze hoorzitting wordt bij een aangetekende brief met ontvangstmelding verstuurd uiterlijk de tiende dag voor de hoorzitting. De partijen kunnen zich ter zitting laten bijstaan of vertegenwoordigen door een raadsman.

Binnen de maand na de hoorzitting brengt de Tuchtraad een bindend advies uit voor de minister. Dit advies kan concluderen :

- ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan met verval van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen;
- ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan, zonder dat het noodzakelijk is het verval uit te spreken van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen;
- ofwel dat er geen reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan ».

B.13.3. Uit artikel 35, lid 5, tweede alinea, van de voormelde richtlijn blijkt dat die aan de lidstaten de zorg overlaat om het begrip wangedrag « volgens de nationale wetgeving » te omschrijven, zodat de wetgever niet ertoe gehouden was rekening te houden met het concept bijzonder ernstige inbreuk waarnaar de verzoekende partij verwijst.

Zoals de Ministerraad vermeldt, kan, aangezien de CREG niettegenstaande haar bijzonder statuut en de onafhankelijkheid die haar is toegekend, een orgaan van de Staat vormt, worden aangenomen dat zij, alsook de leden van haar directieraad, zijn onderworpen aan de regels die de schuldaansprakelijkheid van de Staat bepalen en dat die leden op dezelfde gronden het voorwerp kunnen uitmaken van een tuchtrechtelijke vervolging.

B.14.1. Het door de verzoekende partij aan dezelfde bepalingen gemaakte verwijt dat zij het voor de tuchtraad mogelijk maken te besluiten tot het verval van de opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen, wanneer het mandaat vervroegd wordt beëindigd wegens de schending van enige wettelijke of reglementaire bepaling, en dat zij bijgevolg afbreuk zouden doen aan het eigendomsrecht, is niet gegrond : de wetgever vermocht te oordelen dat het behoud van dergelijke voordelen niet verantwoord is wanneer vaststaat dat het mandaat van diegenen ten gunste van wie zij zijn bepaald, werd beëindigd ingevolge een fout die zij hebben begaan en die is aangetoond.

B.14.2. Het derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

B.15.1. In een vierde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 36, 16°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 2*bis*, van de Elektriciteitswet invoegt, strijdig te zijn met artikel 35, lid 4, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het de CREG ertoe verplicht haar beslissingen te motiveren en het ontwerp ervan aan de betrokken ondernemingen te bezorgen.

B.15.2. Artikel 23, § 2*bis*, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 2*bis*. De commissie geeft een volledige motivering en verantwoording voor haar beslissingen om de jurisdictionele toetsing ervan mogelijk te maken.

De regels die van toepassing zijn op deze motiveringen en rechtvaardigingen worden nader omschreven in het huishoudelijk reglement van het directiecomité, onder meer rekening houdend met de volgende principes :

- in de motivering wordt het geheel van de elementen opgenomen waarop de beslissing gesteund is;
- de elektriciteitsondernemingen hebben de mogelijkheid om, vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen, hun opmerkingen te laten gelden;
- het gevolg dat aan deze opmerkingen wordt gegeven wordt gerechtvaardigd in de eindbeslissing;
- de akten met een individuele of collectieve draagwijdte die worden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten alsook iedere voorbereidende akte, expertiseverslag, opmerking van de geconsulteerde partijen die ermee samenhangen, worden gepubliceerd op de website van de commissie, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens en/of gegevens van persoonlijke aard ».

B.15.3. De bestreden bepaling vormt de omzetting van artikel 37, lid 16, van de richtlijn, dat bepaalt :

« Artikel 37 - Taken en bevoegdheden van de regulerende instantie

[...]

16. De door de regulerende instantie genomen besluiten worden volledig gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst. De besluiten zijn voor het publiek beschikbaar, waarbij de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie behouden blijft ».

In de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet wordt in dat verband vermeld :

« Dit artikel voorziet ook in de omzetting van artikel 37.16 van Richtlijn 2009/72/EG betreffende de motivatie en rechtvaardiging van de beslissingen van de regulerende instanties, teneinde toe te laten de juridische controle te kunnen uitvoeren, rekening houdende met de opmerkingen geformuleerd door de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies nr. 49.570/3 van 31 mei 2011. Er worden aldus identieke vereisten voorzien als deze opgelegd aan ACER : de CREG moet de confidentialiteit in acht nemen van de commercieel gevoelige informatie alsook de persoonsgegevens.

Deze bepaling dient overigens te worden begrepen in het licht van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (B.S. 12 september 1991) » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 67-68).

B.15.4. Uit het voorgaande volgt dat artikel 37, lid 16, van de richtlijn 2009/72/EG aan de regulerende instanties, zoals de CREG, de verplichting oplegt om hun beslissingen te motiveren en te verantwoorden. Die bepaling kan in verband worden gebracht met de verplichtingen waarin is voorzien bij de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

De mogelijkheid die de bestreden bepaling aan de elektriciteitsbedrijven geeft om, vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen, hun opmerkingen te laten gelden, impliceert geenszins dat de CREG ertoe gehouden is haar ontwerpbeslissingen aan hen mede te delen, maar past in het kader van het perspectief dat wordt geschetst in artikel 37, lid 2, tweede alinea, van de richtlijn 2009/72/EG, dat bepaalt :

« Bij de uitvoering van haar taken als bedoeld in lid 1, raadpleegt de regulerende instantie de transmissiesysteembeheerders en werkt zij eventueel nauw samen met andere betrokken nationale instanties, zonder daarbij afbreuk te doen aan hun onafhankelijkheid, onverminderd hun eigen specifieke bevoegdheden en overeenkomstig de beginselen van betere regelgeving ».

Dergelijke bepalingen komen voort uit de zorg om het mogelijk te maken dat de beslissingen worden genomen na een overleg dat niet ten doel heeft afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid van diegene die de beslissingsbevoegdheid uitoefent, maar dat het mogelijk kan maken dat passende beslissingen worden genomen.

B.15.5. Het vierde subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

B.15.6. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.16.1. In een vijfde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 40 van de bestreden wet, dat artikel 26, §§ 1 en 1*bis*, van de Elektriciteitswet wijzigt, strijdig te zijn met de artikelen 35, lid 4, onder b), ii), en 37, leden 1, onder i) en j), en 4, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre het de CREG ertoe verplicht de verzoeken om informatie die zij aan de ondernemingen richt te motiveren en de informatie die zij verkrijgt alleen aan te wenden voor verslagen, adviezen en aanbevelingen die bedoeld zijn in de artikelen 23*bis* en 23*ter* van de Elektriciteitswet.

B.16.2. Artikel 26, §§ 1, 1*bis* en 2, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 1. In de uitvoering van de haar toegewezen opdrachten kan de commissie de netbeheerder en de distributienetbeheerders, alsook de producenten, leveranciers en tussenpersonen die op de Belgische markt tussenkomen, elke verbonden of geassocieerde onderneming evenals elke onderneming die een multilateraal commercieel platform beheert of uitbaat waarop energieblokken of financiële instrumenten worden verhandeld, die een rechtstreeks verband houden met de Belgische elektriciteitsmarkt of die er een directe impact op uitoefenen, vorderen om haar alle nodige informatie te verstrekken, met inbegrip van de verantwoording van elke weigering tot toegangverlening aan een derde, en alle informatie over de nodige maatregelen om het net te versterken, voor zover zij haar verzoek motiveert. Zij kan hun rekeningen ter plaatse controleren.

Vanaf 1 januari 2003, kan de commissie ook van hen en van het controlecomité voor de Elektriciteit en het Gas, onverminderd de opdrachten die aan deze laatste toegewezen worden, de informatie vorderen die nodig is voor de voorbereiding van haar tarievenbeleid in het kader van de toepassing van de haar in artikel 23, punten 14*bis*, 15 en 16 toegewezen opdracht.

§ 1*bis*. Bij de uitvoering van de opdrachten die haar bij artikelen 23*bis* en 23*ter* worden toebedeeld, beschikt de Commissie bovendien over bevoegdheden en rechten die hierna beschreven zijn :

1° vanwege de elektriciteitsbedrijven elke inlichting verkrijgen, onder welke vorm ook, over materies die tot haar bevoegdheid en haar opdracht behoren binnen de dertig dagen na haar vraag;

2° van deze bedrijven verslagen verkrijgen over hun werkzaamheden of bepaalde aspecten ervan;

3° de informatie bepalen die haar regelmatig dient te worden meegedeeld en de periodiciteit waarmee deze informatie aan haar dient te worden overgezonden;

4° bij weigering van het toezenden van de gevraagde informatie binnen de dertig dagen overgaan tot het ter plaatse kennisnemen van alle hoger bedoelde inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de uitvoering van de opdrachten die haar zijn toegewezen en deze desgevallend kopiëren.

De informatie die door de commissie wordt vergaard in het kader van deze paragraaf kan alleen worden aangewend voor de verslagen, adviezen en aanbevelingen die bedoeld zijn in de artikelen 23*bis* en 23*ter*. De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, dit artikel uitbreiden tot bindende beslissingen die zouden kunnen bedoeld worden in de artikelen 23*bis* en 23*ter*.

§ 2. De leden van de organen en de personeelsleden van de commissie zijn gebonden door het beroepsgeheim; zij mogen de vertrouwelijke gegevens en/of de gegevens met een persoonlijk karakter die hun ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie bij de commissie, aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen en onverminderd § 3 en de uitwisseling van informatie met de reguleringsinstanties voor elektriciteit en voor gas van de gewesten en van andere lidstaten van de Europese Unie.

Elke overtreding van het eerste lid wordt gestraft met de straffen bepaald door artikel 458 van het Strafwetboek. De bepalingen van het eerste boek van hetzelfde Wetboek zijn van toepassing ».

B.16.3. Artikel 37, lid 4, onder c), van de voormelde richtlijn biedt de nationale regulerende instantie weliswaar de mogelijkheid « bij elektriciteitsbedrijven [...] informatie [op te vragen] die relevant is voor de uitvoering van haar taken ». De uitoefening van die bevoegdheid is echter onderworpen aan de bepalingen die met name het recht op een eerlijk proces en de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen beschermen, die impliceren dat deze niet worden onderworpen aan verkennende onderzoeksmaatregelen die ertoe strekken zich bewijs te verschaffen dat niet bestemd is voor gebruik in een reeds aanhangige of in een voorgenomen procedure. De bij het voormelde artikel 37, lid 4, aan de nationale regulerende instantie toegekende bevoegdheid is verwant met haar onderzoeksbevoegdheid en veronderstelt bijgevolg dat de ondernemingen waarborgen kunnen genieten die vergelijkbaar zijn met die welke met name zijn bepaald in artikel 1 van de

verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.

B.16.4. Dezelfde zorg verantwoordt dat de informatie die aldus wordt ingewonnen slechts kan worden gebruikt voor de bij de wet bepaalde doeleinden. Een dergelijke maatregel is niet onevenredig aangezien de wet de Koning ertoe machtigt de mate waarin die informatie kan worden gebruikt, uit te breiden.

B.16.5. Het vijfde subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

B.16.6. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.17.1. In een zesde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 40, 3°, van de bestreden wet, dat artikel 26, § 2, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd te zijn met artikel 37, leden 4 en 14, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre het de verplichting van vertrouwelijkheid die het aan de CREG oplegt, zou uitbreiden tot de persoonsgegevens doordat het zich niet beperkt tot de commercieel gevoelige gegevens.

B.17.2. Artikel 26, § 2, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 2. De leden van de organen en de personeelsleden van de commissie zijn gebonden door het beroepsgeheim; zij mogen de vertrouwelijke gegevens en/of de gegevens met een persoonlijk karakter die hun ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie bij de commissie, aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen en onverminderd § 3 en de uitwisseling van informatie met de reguleringsinstanties voor elektriciteit en voor gas van de gewesten en van andere lidstaten van de Europese Unie.

Elke overtreding van het eerste lid wordt gestraft met de straffen bepaald door artikel 458 van het Strafwetboek. De bepalingen van het eerste boek van hetzelfde Wetboek zijn van toepassing ».

B.17.3. In de parlementaire voorbereiding wordt aangegeven dat het (Europees) Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (hierna : ACER) gehouden is tot dezelfde verplichtingen van vertrouwelijkheid met betrekking tot commercieel gevoelige

gegevens en persoonsgegevens (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 76). De verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 beschermt immers de natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de instellingen en organen van de Europese Unie.

Op dezelfde wijze wordt bij artikel 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie een recht vastgelegd op bescherming van persoonsgegevens, bescherming die een aspect is van het recht op eerbiediging van het privéleven dat is gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.17.4. De eerbiediging van het privéleven omvat het recht voor het individu om buiten zijn intieme kring relaties aan te knopen en te ontwikkelen, ook op het professionele of commerciële vlak (EHRM, 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*, § 29; 23 maart 2006, *Vitiello t. Italie*, § 47).

Daaruit volgt dat de zakengeheimen van een natuurlijke persoon integraal deel kunnen uitmaken van zijn privéleven.

Het recht op de eerbiediging van het privéleven komt in zekere mate ook toe aan de rechtspersonen. In dat opzicht kunnen de maatschappelijke zetel, het agentschap of de professionele lokalen van een rechtspersoon in bepaalde omstandigheden worden beschouwd als zijn woning (EHRM, 16 april 2002, *Société Colas Est en anderen t. Frankrijk*, § 41).

Derhalve kan worden aangenomen dat het recht op de eerbiediging van het privéleven van de rechtspersonen de bescherming van hun zakengeheimen omvat.

Voor het overige is de bescherming tegen willekeurige of onevenredige ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van een natuurlijke persoon of rechtspersoon een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie (HvJ, 21 september 1989, *Hoechst t. Commissie*, C-46/87 en C-227/88, § 19, *Jur.*, 1989, p. 2859; 22 oktober 2002, *Roquette Frères S.A.*, C-94/00, § 27, *Jur.*, 2002, p. I-9011). Ten slotte is het niet uitgesloten dat zakengeheimen persoonsgegevens inhouden of dat zulke gegevens zakengeheimen bevatten.

B.17.5. De in het geding zijnde bepaling kan dus niet in die zin worden beschouwd dat zij de CREG een buitensporige verplichting oplegt.

B.17.6. Het zesde subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

B.17.7. De verzoekende partij preciseert niet, wat de bepalingen van de Gaswet betreft, welke bepaling door de bestreden wet zou zijn gewijzigd; zij verwijst evenmin naar die wet, terwijl zij nochtans wel verwijst naar de bepalingen van de richtlijn 2009/73/EG die overeenstemmen met de voormelde bepalingen van de richtlijn 2009/72/EG. Het middel is onontvankelijk wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

In haar memorie van antwoord zet de verzoekende partij weliswaar uiteen dat artikel 15/16, § 2, van de Gaswet verwijst naar artikel 26, § 2, van de Elektriciteitswet, en voert zij aan dat de twee bepalingen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Artikel 15/16, § 2, werd evenwel niet bij de bestreden wet gewijzigd en, in de veronderstelling dat de verwijzing naar de tweede bepaling, door de eerste, toelaat te oordelen dat de ene en de andere onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, kan het middel dat niet gegrond is met betrekking tot artikel 26, § 2, onmogelijk wel gegrond zijn met betrekking tot artikel 15/16, § 2.

B.18.1. In een zevende subonderdeel van het eerste onderdeel verwijst de verzoekende partij artikel 53, 1° en 2°, van de bestreden wet, dat artikel 31 van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd te zijn met artikel 37, lid 4, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het het bedrag van de administratieve boete die de CREG kan opleggen, beperkt tot maximum 3 pct. van de jaarlijkse omzet en in zoverre het die laatste niet in staat stelt om boeten op te leggen voor de niet-naleving van de juridisch bindende besluiten van de CREG of van het ACER.

B.18.2. Artikel 53, 1° en 2°, van de bestreden wet bepaalt :

« In artikel 31 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 14 januari 2003, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° in het eerste lid worden de woorden ‘ van deze wet of de uitvoeringsbesluiten ervan ’ vervangen door de woorden ‘ van deze wet, van de uitvoeringsbesluiten ervan, van latere

wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 21*bis* of van alle andere bepalingen op de toepassing waarvan ze toeziet krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 8° »;

2° in het eerste lid, worden de woorden ‘ niet lager zijn dan vijftigduizend frank, noch hoger zijn dan vier miljoen frank, noch, in totaal, hoger zijn dan tachtig miljoen frank ’ vervangen door de woorden ‘ niet lager zijn dan duizend tweehonderd veertig euro, noch hoger zijn dan honderd duizend euro, noch, in totaal, hoger zijn dan twee miljoen euro ’ ».

B.18.3. Artikel 31 van de Elektriciteitswet bepaalt :

« Onverminderd de andere door deze wet voorziene maatregelen, kan de commissie elke in België gevestigde natuurlijke of rechtspersoon verplichten tot naleving van specifieke bepalingen van deze wet, van de uitvoeringsbesluiten ervan, van latere wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 21*bis* of van alle andere bepalingen op de toepassing waarvan ze toeziet krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 8° binnen de termijn bepaald door de commissie. Indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de commissie, op voorwaarde dat de persoon werd gehoord of naar behoren werd opgeroepen, een administratieve geldboete opleggen. De geldboete mag, per kalenderdag, niet lager zijn dan duizend tweehonderd veertig euro, noch hoger zijn dan honderd duizend euro, noch, in totaal, hoger zijn dan twee miljoen euro of 3 procent van de omzet die de betrokken persoon heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt tijdens het laatste afgesloten boekjaar, indien dit laatste bedrag hoger is. De geldboete wordt ten gunste van de Schatkist geïnd door de Administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, der registratie en domeinen.

De administratieve boetes die door de commissie aan de netbeheerder worden opgelegd worden niet opgenomen in zijn kosten, maar worden afgetrokken van zijn billijke winstmarge.

De administratieve boetes die door de commissie aan de distributienetbeheerders worden opgelegd, worden niet opgenomen in hun kosten, maar worden afgetrokken van hun billijke winstmarge.

De elektriciteitsbedrijven mogen aan hun afnemers het bedrag van de administratieve boetes die de commissie hen oplegt niet doorfactureren ».

B.18.4. Artikel 31, eerste lid, van de Elektriciteitswet bepaalde, vóór de wijziging ervan bij de bestreden wet :

« Onverminderd de andere door deze wet voorziene maatregelen, kan de commissie elke in België gevestigde natuurlijke of rechtspersoon verplichten tot naleving van specifieke bepalingen van deze wet of de uitvoeringsbesluiten ervan binnen de termijn bepaald door de

commissie. Indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de commissie, op voorwaarde dat de persoon werd gehoord of naar behoren werd opgeroepen, een administratieve geldboete opleggen. De geldboete mag, per kalenderdag, niet lager zijn dan vijftigduizend frank, noch hoger zijn dan vier miljoen frank, noch, in totaal, hoger zijn dan tachtig miljoen frank of 3 procent van de omzet die de betrokken persoon heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt tijdens het laatste afgesloten boekjaar, indien dit laatste bedrag hoger is. De geldboete wordt ten gunste van de Schatkist geïnd door de Administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, der registratie en domeinen » (*Belgisch Staatsblad* van 11 mei 1999, p. 16276).

B.18.5. Uit de vergelijking van de twee bepalingen die in B.18.3 en B.18.4 zijn geciteerd blijkt dat, zoals de Ministerraad doet opmerken, de bestreden wet (artikel 53, 2°) artikel 31, eerste lid, niet heeft gewijzigd in zoverre het het maximumbedrag van de erin beoogde boete op 3 pct. vaststelt. Wat dat subonderdeel betreft, is het middel dus niet ontvankelijk met betrekking tot dat bedrag. De omstandigheid dat dit maximumbedrag een van de onderdelen vormt van het alternatief waarin artikel 31 voorziet voor het vaststellen van het bedrag van de boete, en dat de bestreden bepaling het andere onderdeel wijzigt, volstaat niet om aan te tonen dat die twee elementen onlosmakelijk met elkaar zouden zijn verbonden, zoals de verzoekende partij beweert.

B.18.6. De bevoegdheid om geldboeten op te leggen strekt zich voortaan, krachtens het voormelde artikel 31, eerste lid, uit tot alle bepalingen waarvan de CREG de toepassing controleert krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 8°, van de Elektriciteitswet, dat bepaalt :

« § 2. De commissie is belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de elektriciteitsmarkt, enerzijds, en met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds.

Te dien einde zal de commissie :

[...]

8° controle uitoefenen op de naleving door de netbeheerder en de elektriciteitsbedrijven van de verplichtingen die op hen rusten krachtens deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan, alsook krachtens de overige voor de elektriciteitsmarkt toepasselijke wetgevende en reglementaire bepalingen, meer bepaald betreffende de grensoverschrijdende problemen en de materies bedoeld in Verordening (EG) nr. 714/2009 ».

In de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet wordt, in verband met die bepaling, het volgende aangegeven :

« Het breidt overigens de bevoegdheden van de CREG uit om het geheel van de wettelijke en reglementaire bepalingen waarvan zij de controle verzekert te sanctioneren en in het bijzonder de Europese verordeningen, in lijn met het voormelde gemotiveerde advies van de Europese Commissie » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 82).

De CREG beschikt aldus over de bevoegdheid om geldboeten op te leggen voor de niet-naleving van de in B.18.1 vermelde besluiten. De juridische grondslag van die besluiten bevindt zich immers in de bepalingen die bij het voormelde artikel 23, § 2, tweede lid, 8°, worden beoogd. Het zevende subonderdeel van het eerste onderdeel van het eerste middel is bijgevolg niet gegrond.

Tweede onderdeel

B.19.1. In een tweede onderdeel, eerste subonderdeel, verwijt de verzoekende partij de bestreden wet dat zij strijdig is met artikel 9 van de richtlijn 2009/72/EG doordat zij afbreuk zou doen aan de bevoegdheden en de opdrachten van de CREG op het vlak van certificering van de transmissienetbeheerders.

B.19.2. Dat subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ontvankelijk omdat de verzoekende partij niet de bepalingen van de bestreden wet preciseert waartegen zij haar grieven richt.

Zij geeft weliswaar aan, in haar memorie van antwoord, dat het beschikkende gedeelte van het verzoekschrift toelaat die bepalingen te identificeren, en dat in de uiteenzetting van het middel wordt verwezen naar andere nummers van het verzoekschrift die specifiek handelen over de bepalingen van de wet die de ontvlechting van de transmissienetten en de transmissienetbeheerders en de certificering van die laatsten betreffen. Het Hof onderzoekt die grieven bijgevolg in B.43.1 en volgende, naar aanleiding van het onderzoek van het middel waarvoor de bekritiseerde wetsbepalingen wel worden gespecificeerd.

B.19.3. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.20.1. In een tweede subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 36, 8°, 65, 4°, en 87, 9°, van de bestreden wet, die respectievelijk artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, van de Elektriciteitswet en de artikelen 15/1, § 3, en 15/4, § 2, tweede lid, van de Gaswet wijzigen, strijdig te zijn met artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG, en met artikel 41, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/73/EG, in zoverre zij afbreuk zouden doen aan de bevoegdheden van de CREG op het gebied van congestiebeheer.

B.20.2. Een eerste grief wordt door de verzoekende partij afgeleid uit het feit dat artikel 36, 8°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, van de Elektriciteitswet vervangt, haar ermee belast de toepassing van het in die bepaling bedoelde technisch reglement van het net - dat door de Koning wordt vastgesteld - te controleren, terwijl artikel 23, § 2, tweede lid, 35° en 36°, van die wet, gewijzigd bij artikel 36, 15°, van de bestreden wet, haar exclusief bevoegd maakt om de methoden goed te keuren die gebruikt zijn om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur mogelijk te maken, met inbegrip van de procedures voor capaciteitstoewijzing en congestiebeheer, alsook om toe te zien op het congestiebeheer en op de invoering van de daarmee samenhangende regels.

Zodoende verwijt de verzoekende partij de bestreden wet haar niet de vaststelling van het technisch reglement te hebben toevertrouwd.

B.20.3. Uit artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG blijkt niet dat het vaststellen van het technisch reglement tot de bevoegdheid van de nationale regulerende instantie behoort. De bevoegdheid die haar weliswaar wordt toegekend bij artikel 37, lid 6, onder c), om de methoden vast te stellen voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur, met inbegrip van de procedures voor de capaciteitstoewijzing en congestiebeheer, past niettemin in het ruimere kader van de 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 », die voorziet in de uitwerking van « netcodes » die in de Europese Unie uniform van toepassing zijn, « voor de verlening en het beheer van daadwerkelijke en transparante toegang tot de transmissienetwerken over de grenzen heen », om, onder meer, een niet-discriminerende netwerktoegang mogelijk te maken (overwegingen 3, 6 en 7 van de voormelde verordening).

Aangezien die « netcodes », die krachtens artikel 8, lid 6, onder g), van de voormelde verordening, betrekking hebben op de voorschriften voor capaciteitstoewijzing en congestiebeheer, nog niet door de bevoegde Europese autoriteiten waren goedgekeurd, kan worden aanvaard dat de wetgever, om rechtsonzekerheid te vermijden, het door de Koning vastgestelde technisch reglement (koninklijk besluit van 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe) in de rechtsorde heeft gehandhaafd. De door de verzoekende partij in haar memorie van antwoord vermelde omstandigheid volgens welke artikel 8, lid 7, van dezelfde verordening de lidstaten de mogelijkheid zou bieden netcodes te ontwikkelen volstaat niet om de beoordeling van de wetgever te invalideren, die kon oordelen dat het niet opportuun was die bevoegdheid aan te wenden terwijl de grensoverschrijdende netcodes nog niet waren goedgekeurd.

B.20.4. Een tweede grief wordt door de verzoekende partij afgeleid uit het feit dat de artikelen 65, 4°, en 87, 9°, van de bestreden wet, die respectievelijk een 7° in artikel 15/1, § 3, van de Gaswet, en een 29° en een 30° in artikel 15/14, § 2, tweede lid, van dezelfde wet invoegen, haar onafhankelijkheid bedreigen in zoverre zij voorzien in een overleg met de Algemene Directie Energie bij het vervullen van haar opdracht van toezicht op het congestiebeheer van het aardgasvervoersnet.

B.20.5. De artikelen 15/1, § 3, 7°, en 15/14, § 2, 29° en 30°, van de Gaswet bepalen :

« Art. 15/1. [...]

§ 3. De beheerder van het aardgasvervoersnet is gehouden :

[...]

7° een ontwerp van regels voor het beheer van de congestie op te stellen dat hij aan de commissie en de Algemene Directie Energie betekent. De commissie keurt dit ontwerp goed en kan hem op gemotiveerde wijze verzoeken deze regels te wijzigen mits het naleven van de regels voor de congestie die bepaald zijn door de buurlanden waarvan de interconnectie betrokken is en in overleg met het ACER. De commissie publiceert op haar internetsite de regels voor het beheer van de congestie. De implementering van de regels wordt gemonitord door de commissie in overleg met de Algemene Directie Energie;

[...]

Art. 15/14. [...]

§ 2. De Commissie is belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de aardgasmarkt, enerzijds, en met een taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds.

Te dien einde zal de Commissie :

[...]

29° op voorstel van de netbeheerder, de methoden goedkeuren die gebruikt zijn om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur mogelijk te maken, met inbegrip van de procedures voor de toewijzing van capaciteiten en congestiebeheer. Deze methoden zijn transparant en niet-discriminerend. De commissie publiceert de goedgekeurde methoden op haar website;

30° toezien, in samenwerking met de Algemene Directie Energie, op het congestiebeheer van het aardgasvervoersnet, met inbegrip van de interconnecties, en de invoering van de regels voor het congestiebeheer, in overeenstemming met artikel 15/1, § 3, 7° ».

Artikel 23, § 2, tweede lid, 36°, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 2. De commissie is belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de elektriciteitsmarkt, enerzijds, en met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds.

Te dien einde zal de commissie :

[...]

36° toezien op het congestiebeheer van het transmissienet, met inbegrip van de interconnecties, en de invoering van de regels voor het congestiebeheer. De commissie brengt de Algemene Directie Energie hiervan op de hoogte. De netbeheerder dient bij de commissie, ten behoeve van dit punt, zijn ontwerp van regels voor congestiebeheer in, met inbegrip van de toewijzing van capaciteit. De commissie kan hem op een met redenen omklede wijze verzoeken om zijn regels te wijzigen, met inachtneming van de congestieregels die werden vastgelegd door de buurlanden waarvan de interconnectie betrokken is en in samenspraak met het ACER ».

Deze bepaling, die analoog is met die welke worden bestreden, legt de CREG enkel een informatieplicht op ten aanzien van de Algemene Directie Energie. Deze redactie werd aangenomen ingevolge een opmerking van de afdeling wetgeving van de Raad van State, om uitsluitend aan de CREG de in het geding zijnde toezichtsbevoegdheid te verlenen (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 67).

B.20.6. Ook al is het juist dat een overleg niet impliceert dat de beslissingsbevoegdheid waarvan de uitoefening gepaard gaat met dat overleg wordt gedeeld, toch kan het afbreuk doen aan het vereiste van ondeelbaarheid van de regulator, waarnaar de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft verwezen (*ibid.*, p. 307). De Ministerraad kan niet worden gevolgd wanneer hij stelt dat de bestreden bepalingen moeten worden geïnterpreteerd in het licht van het voormelde artikel 23, § 2, tweede lid, 36°, omdat niet kan worden verantwoord dat, in eenzelfde wet, eenzelfde betekenis wordt gegeven aan bepalingen die verschillend zijn geredigeerd.

De grief is gegrond in zoverre die betrekking heeft op de woorden « in overleg met de Algemene Directie Energie » in artikel 15/1, § 3, 7°, van de Gaswet en op de woorden « , in samenwerking met de Algemene Directie Energie » in artikel 15/14, § 2, 30°, van dezelfde wet, respectievelijk ingevoegd bij artikel 65, 4°, en bij artikel 87, 9°, van de bestreden wet. Voor het overige is die niet gegrond, daar artikel 15/14, § 2, 29°, van die wet niet tot doel heeft te voorzien in het door de verzoekende partij bekritiseerde overleg.

B.20.7. Een derde grief wordt door de verzoekende partij afgeleid uit het feit dat artikel 87, 9°, van de bestreden wet, dat een 15° invoegt in artikel 15/14, § 2, tweede lid, van de Gaswet, de CREG ertoe verplicht de toepassing te controleren van de gedragscode die het voorwerp uitmaakt van het koninklijk besluit van 23 december 2010 « betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas » en die afbreuk doet aan de bevoegdheden van de CREG.

B.20.8. De artikelen 15/5^{undecies}, § 1, en 15/14, § 2, tweede lid, 15°, van de Gaswet bepalen :

« Art. 15/5^{undecies}. § 1. Op voorstel van de Commissie, stelt de Koning een gedragscode vast met betrekking tot de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie.

De gedragscode bepaalt :

1° de procedures en regels inzake de aanvraag van toegang tot het net;

2° de gegevens die de gebruikers van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie aan de beheerder van het aardgasvervoersnet, aan de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en aan de beheerder van de LNG-installatie moeten verstrekken;

3° de voorzorgsmaatregelen die de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie dienen te nemen om de vertrouwelijkheid van de commerciële gegevens met betrekking tot de gebruikers van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie te beschermen;

4° de termijnen waarbinnen de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie moeten antwoorden op de aanvragen om toe te treden tot hun net en hun installatie;

5° de maatregelen om elke discriminatie tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie te vermijden;

6° de minimumvereisten met betrekking tot de juridische en operationele scheiding van de vervoers- en leveringsfuncties van aardgas binnen de geïntegreerde beheerders van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie;

7° de basisbeginselen met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie, en, anderzijds, de gebruikers voor de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie;

8° de basisbeginselen met betrekking tot facturering;

9° de basisbeginselen met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie en, anderzijds, de gebruikers van het desbetreffende aardgasvervoersnet, van de opslaginstallatie voor aardgas of van de LNG-installatie inzake het gebruik ervan en meer bepaald, inzake onderhandelingen over de toegang tot vervoer, over het congestiebeheer en over de publicatie van informatie;

10° maatregelen die in het verbintenissenprogramma moeten worden opgenomen om te waarborgen dat ieder discriminerend gedrag is uitgesloten en om te voorzien in een adequaat toezicht op de naleving ervan. Het programma bevat de specifieke verplichtingen van de werknemers ter verwezenlijking van die doelstelling. De persoon of instantie die verantwoordelijk is voor het toezicht op het verbintenissenprogramma dient bij de Commissie jaarlijks een verslag in waarin de genomen maatregelen worden uiteengezet. Dit verslag wordt gepubliceerd;

11° de vereisten inzake onafhankelijkheid van het personeel van de beheerders ten opzichte van de producenten, distributeurs, leveranciers en tussenpersonen;

12° de regels en de organisatie van de secundaire markt waarvan sprake in artikel 15/1, § 1, 9°bis;

13° de basisprincipes betreffende de organisatie van de toegang tot de hubs.

De toekenning en het behoud van elke vervoers- of leveringsvergunning zijn onderworpen aan het naleven van de gedragscode ».

« Art. 15/14. [...] »

§ 2. De Commissie is belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de aardgasmarkt, enerzijds, en met een taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds.

Te dien einde zal de Commissie :

[...]

15° de toepassing van de gedragscode controleren en de geleverde prestaties in uitvoering van de regels van deze code evalueren in verband met de veiligheid en de betrouwbaarheid van het aardgasvervoersnet ».

B.20.9. De bevoegdheid om de toepassing van de gedragscode te controleren, die de CREG is toegekend bij artikel 15/14, § 2, tweede lid, van de Gaswet, past, net zoals die met betrekking tot het technisch reglement bedoeld in B.20.3, in het ruimere kader van de voormelde verordening (EG) nr. 714/2009 en van de uitwerking van « netcodes » die in de Europese Unie uniform van toepassing zijn. Het is aannemelijk dat dezelfde bekommernis om rechtsonzekerheid te vermijden als die welke in B.20.3 is vermeld de wetgever ertoe kon brengen, in afwachting van de invoering van die netcodes, het voormelde koninklijk besluit in de rechtsorde te handhaven. De door de CREG in haar memorie van antwoord vermelde omstandigheid dat de netcodes enkel betrekking hebben op het vervoer van aardgas volstaat niet om de beoordeling van de wetgever te invalideren, die het inopportuun kon achten om een bevoegdheid met betrekking tot de andere aspecten van de gasmarkt aan te wenden terwijl bepalingen betreffende het gasvervoer nog moesten worden vastgesteld.

Voor het overige verwijt de verzoekende partij diezelfde bepaling ten onrechte dat zij de controle en de evaluatie van de toepassing van de code die tot de bevoegdheid van de CREG behoren, beperkt tot de regels inzake de veiligheid en de betrouwbaarheid van het aardgasvervoersnet, zonder dat de opslaginstallaties voor aardgas en de installaties voor vloeibaar aardgas (LNG) worden beoogd, omdat die bepaling in die zin moet worden gelezen dat zij de CREG, enerzijds, een controlebevoegdheid toekent voor de gedragscode (met inbegrip van hetgeen betrekking heeft op de voormelde installaties) en, anderzijds, een

evaluatiebevoegdheid voor de prestaties die verband houden met de veiligheid en de betrouwbaarheid van het aardgasvervoersnet.

B.20.10. Het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel is gegrond in de in B.20.6 aangegeven mate.

B.21.1. In een derde subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 8, 1°, van de bestreden wet, dat artikel 8, § 1, derde lid, van de Elektriciteitswet vervangt, in strijd te zijn met de artikelen 15, lid 2, en 37, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG, en met artikel 16, lid 2, onder c), van de richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 « ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG », doordat de bestreden bepaling aan de Koning de bevoegdheid delegeert om de criteria te preciseren die door een productie-installatie die hernieuwbare energiebronnen aanwendt, moeten worden nageleefd om voorrang te kunnen genieten, en om de technische en financiële voorwaarden te bepalen die door de transmissienetbeheerder moeten worden toegepast met betrekking tot de productie-installaties die hernieuwbare energiebronnen aanwenden, terwijl de artikelen 15, lid 2, en 37, lid 6, van de richtlijn 2009/72/EG, aan de CREG de bevoegdheid zouden voorbehouden om de voorwaarden vast te stellen op het vlak van balanceringsdiensten en om de objectieve criteria te bepalen om de inschakeling van de stroomproductie-eenheden te coördineren en het gebruik van interconnectoren te bepalen.

B.21.2. Artikel 8, § 1, derde lid, 5°, b), van de Elektriciteitswet, waarnaar de verzoekende partij verwijst, bepaalt :

« § 1. Het beheer van het transmissienet wordt waargenomen door één enkele beheerder, aangewezen overeenkomstig artikel 10.

De netbeheerder staat in voor de exploitatie, het onderhoud en de ontwikkeling van het transmissienet, met inbegrip van de koppellijnen daarvan naar andere elektriciteitsnetten, teneinde de continuïteit van de voorziening te waarborgen.

Hiertoe wordt de netbeheerder onder meer met de volgende taken belast :

[...]

5° het verzekeren van de coördinatie van het beroep op de productie-installaties en de bepaling van het aanwenden van interconnecties op basis van objectieve criteria die door de commissie worden goedgekeurd. Deze criteria houden rekening met :

a) de economische rangorde van de elektriciteit afkomstig van de beschikbare productie-installaties of overdrachten door middel van interconnecties, evenals met de voor het net geldende technische beperkingen;

b) de voorrang die moet worden gegeven aan de productie-installaties die hernieuwbare energiebronnen gebruiken, in de mate dat een veilig beheer van het transmissienet dit toelaat en op basis van transparante en niet-discriminerende criteria, evenals aan de installaties voor gecombineerde opwekking van warmte en elektriciteit. De Koning kan, na advies van de commissie en na overleg met de Gewesten, de criteria preciseren die door een productie-installatie die hernieuwbare energiebronnen aanwendt moeten worden nageleefd om te kunnen genieten van deze voorrang en de technische en financiële voorwaarden bepalen die ter zake moeten worden toegepast door de netbeheerder ».

B.21.3. Artikel 16 van de richtlijn 2009/28/EG bepaalt :

« Artikel 16 - Toegang tot en beheer van de netwerken

1. De lidstaten nemen passende maatregelen om de transmissie- en distributienetwerkinfrastructuur, intelligente netwerken, opslaginstallaties en het elektriciteitssysteem te ontwikkelen teneinde het elektriciteitsnet veilig te laten functioneren en daardoor de verdere ontwikkeling van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, inclusief interconnectie tussen lidstaten en tussen lidstaten en derde landen te vergemakkelijken. De lidstaten nemen tevens passende maatregelen om de vergunningsprocedures voor de netwerkinfrastructuur te versnellen en de goedkeuring van de netwerkinfrastructuur te coördineren met administratieve en planningsprocedures.

2. Met inachtneming van de voorschriften inzake de instandhouding van de betrouwbaarheid en veiligheid van het net, die gebaseerd zijn op transparante, niet-discriminerende door de bevoegde nationale autoriteiten vastgestelde criteria :

a) zien de lidstaten erop toe dat beheerders van transmissie- en distributiesystemen op hun grondgebied de transmissie en distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen garanderen;

b) zorgen de lidstaten er tevens voor dat elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen voorrang heeft op dan wel gewaarborgde toegang krijgt tot het net;

c) zorgen de lidstaten ervoor dat transmissiesysteembeheerders bij de dispatching van elektriciteitsopwekkingsinstallaties voorrang geven aan opwekkingsinstallaties die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen, voor zover het veilige beheer van het nationale elektriciteitssysteem dit toelaat en dit gebeurt op basis van transparante en niet-discriminerende criteria. De lidstaten zorgen ervoor dat passende netwerk- en marktgerelateerde beheersmaatregelen worden getroffen om de belemmeringen voor uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit tot een minimum te beperken.

Indien er ten aanzien van hernieuwbare energiebronnen substantiële beperkende maatregelen worden genomen om de veiligheid van het nationale elektriciteitssysteem en de energievoorzieningszekerheid te garanderen, zorgen de lidstaten ervoor dat de verantwoordelijke systeembeheerders deze maatregelen rapporteren aan de bevoegde regelgevende autoriteit en dat zij aangeven welke corrigerende voorzieningen zij denken te treffen om ongewenste beperkingen te voorkomen.

3. De lidstaten verplichten de beheerders van transmissie- en distributiesystemen om standaardregels op te stellen en bekend te maken voor het dragen en verdelen van de kosten van de technische aanpassingen, zoals netaansluitingen en -verzwaringen, beter netbeheer en regels voor de niet-discriminerende toepassing van de netwerkkodes, die nodig zijn om nieuwe producenten die elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen aan het net leveren, op het koppelnet aan te sluiten.

Deze regels zijn gebaseerd op objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria, waarbij met name rekening wordt gehouden met alle kosten en baten van de aansluiting van deze producenten op het net en met de bijzondere omstandigheden van producenten in perifere gebieden en gebieden met een lage bevolkingsdichtheid. Die regels mogen voorzien in verschillende aansluitingstypen.

4. Indien nodig mogen lidstaten beheerders van transmissie- en distributiesystemen verplichten om de in lid 3 vermelde kosten volledig of gedeeltelijk te dragen. Uiterlijk op 30 juni 2011 en daarna om de twee jaar herzien de lidstaten het kader en de regels voor het delen van de in lid 3 vermelde kosten en nemen zij passende maatregelen om dit kader en deze regels te verbeteren, teneinde de integratie van nieuwe producenten, zoals vermeld in dat lid, te garanderen.

5. De lidstaten verplichten de beheerders van transmissie- en distributiesystemen om elke nieuwe producent van energie uit hernieuwbare bronnen die op het net wenst te worden aangesloten de daartoe vereiste uitvoerige en noodzakelijke gegevens te verschaffen, met inbegrip van :

- a) een uitgebreide en gedetailleerde raming van de kosten van die aansluiting;
- b) een redelijk en precies tijdschema voor de ontvangst en de verwerking van het verzoek om aansluiting op het net;
- c) een redelijk indicatief tijdschema voor eventueel geplande aansluitingen op het net.

De lidstaten mogen producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die op het net wensen te worden aangesloten toestaan een aanbesteding uit te schrijven voor de aansluitingswerkzaamheden.

6. De in lid 3 vermelde verdeling van de kosten wordt opgelegd via een mechanisme dat gebaseerd is op objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria, waarbij rekening wordt gehouden met de baten van de aansluitingen voor oorspronkelijk en later aangesloten producenten en voor beheerders van transmissie- en distributiesystemen.

7. De lidstaten zien erop toe dat de tarieven voor transmissie en distributie geen discriminatie inhouden van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, met name van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die wordt geproduceerd in perifere gebieden, zoals eilanden, en in gebieden met een lage bevolkingsdichtheid. De lidstaten zorgen ervoor dat de transmissie- en distributietarieven geen discriminatie inhouden van gas uit hernieuwbare energiebronnen.

8. De lidstaten zien erop toe dat de tarieven die door beheerders van transmissie- en distributiesystemen in aanmerking worden genomen voor de transmissie en distributie van elektriciteit uit installaties die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen, een realistische weergave zijn van de kostenvoordelen die kunnen voortvloeien uit de aansluiting van die installaties op het net. Dergelijke kostenvoordelen kunnen voortvloeien uit het directe gebruik van het laagspanningsnet.

9. In voorkomend geval gaan de lidstaten na of de bestaande gasnetinfrastructuur moet worden uitgebreid om de integratie van gas uit hernieuwbare energiebronnen te vergemakkelijken.

10. In voorkomend geval verplichten de lidstaten de transmissie- en distributiesysteembeheerders op hun grondgebied om technische voorschriften bekend te maken overeenkomstig artikel 6 van Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, met name met betrekking tot netwerkconnectieregels die voorschriften voor gaskwaliteit, geurtoevoeging en gasdruk bevatten. De lidstaten verplichten de transmissie- en distributiesysteembeheerders tevens om de connectietarieven voor het aansluiten van hernieuwbare gasbronnen bekend te maken; deze tarieven moeten gebaseerd zijn op transparante en niet-discriminerende criteria.

11. De lidstaten beoordelen in hun nationale actieplannen in hoeverre er met het oog op het bereiken van het in artikel 3, lid 1, bedoelde nationale streefcijfer voor 2020 behoefte is aan de bouw van nieuwe infrastructuur voor stadsverwarming en -koeling op basis van hernieuwbare energiebronnen. Op basis van deze evaluatie nemen de lidstaten waar nodig stappen om een infrastructuur voor stadsverwarming op te zetten teneinde de ontwikkeling van de productie van verwarming en koeling uit grote biomassa-installaties, zonne-energie-installaties en geothermische faciliteiten mogelijk te maken ».

B.21.4. Uit die bepaling blijkt dat de richtlijn de bevoegdheden verdeelt tussen, enerzijds, de lidstaten die voorrang moeten geven aan de productie-installaties voor elektriciteit die hernieuwbare energiebronnen aanwenden (ook bij de dispatching van die installaties door de netbeheerders (voormeld artikel 16, lid 2, onder c)) en, anderzijds, de nationale regulerende instanties die belast zijn met het vaststellen van criteria inzake betrouwbaarheid en veiligheid van het net (artikel 16, lid 2, eerste zin). De wetgever kon dus, rekening houdend met die bepaling en met artikel 15, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG, de Koning de bevoegdheid toekennen om de in het geding zijnde voorrangscriteria te bepalen.

Een dergelijke maatregel is niet onevenredig omdat hij bepaalt dat het advies van de CREG moet worden gevraagd wanneer die bevoegdheid wordt uitgeoefend.

B.21.5. Het derde subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

B.22.1. In een vierde subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 24, 3°, van de bestreden wet, dat artikel 18, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet wijzigt, strijdig te zijn met artikel 37, lid 6, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG, doordat het de bevoegdheden van de CREG inzake transactie en balancerings zou schenden.

B.22.2. Artikel 18, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 1. Onverminderd de toepassing van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de financiële tussenpersonen en beleggingsadviseurs, kan de Koning, na advies van de commissie :

1° de leveringen van elektriciteit in België langs het transmissienet of directe lijnen door tussenpersonen en leveranciers aan een procedure van vergunning of voorafgaande melding onderwerpen;

2° gedragsregels vaststellen die van toepassing zijn op de tussenpersonen en leveranciers, meer bepaald inzake transactie en balancerings;

3° op gezamenlijk voorstel van de minister en de minister van Financiën, na advies van de commissie en de Commissie voor het bank-, financie- en assurantiewezen, na overleg in de Ministerraad, de regels vaststellen betreffende de oprichting van, de toegang tot en de werking van markten voor de uitwisseling van energieblokken ».

B.22.3. De artikelen 3, lid 4, en 37, lid 6, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG bepalen :

« Artikel 3 - Openbaredienstverplichtingen en bescherming van de afnemer

[...]

4. De lidstaten zorgen ervoor dat alle afnemers aanspraak hebben op elektriciteitsvoorziening door een leverancier, behoudens de toestemming van de leverancier, ongeacht de lidstaat waar de leverancier is geregistreerd, zolang als de leverancier de geldende handels- en balanceringsregels toepast. In dit verband nemen de lidstaten alle

noodzakelijke maatregelen om te waarborgen dat administratieve procedures geen discriminatie inhouden ten aanzien van leveranciers die reeds in een andere lidstaat zijn geregistreerd ».

« Artikel 37 - Taken en bevoegdheden van de regulerende instantie

[...]

6. De regulerende instanties zijn bevoegd voor de vaststelling of de voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake

[...]

b) de verstrekking van balanceringsdiensten, die zo economisch mogelijk worden uitgevoerd en passende stimuleringsmaatregelen bieden voor netwerkgebruikers om hun input en output op elkaar af te stemmen. De balanceringsdiensten worden op billijke en niet-discriminerende wijze verstrekt en zijn gebaseerd op objectieve criteria ».

B.22.4. Uit de in B.22.3 weergegeven bepalingen blijkt dat de nationale regulerende instanties onder meer bevoegd zijn voor de vaststelling van de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de verstrekking van balanceringsdiensten (artikel 37, lid 6, onder b)) en dat de lidstaten gemachtigd zijn, om ervoor te zorgen dat de afnemer zich kan richten tot de leverancier van zijn keuze, om zich ervan te vergewissen dat die laatste de geldende handels- en balanceringsregels (artikel 3, lid 4) toepast.

B.22.5. Die bepalingen voorzien niet erin dat de lidstaten gedragsregels mogen vaststellen die van toepassing zijn op de tussenpersonen en leveranciers inzake transactie en balancerings.

B.22.6. Het vierde subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel is gegrond. Bijgevolg dient artikel 24, 3°, van de bestreden wet te worden vernietigd.

B.23.1. In een vijfde subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 29 van de bestreden wet, dat artikel 20bis in de Elektriciteitswet invoegt, strijdig te zijn met de artikelen 34, lid 4, en 35, lid 5, van de richtlijn 2009/72/EG, doordat het voorziet in de tussenkomst van de Nationale Bank van België en van een lid van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren.

B.23.2. Artikel 20bis, §§ 4 tot 7, van de Elektriciteitswet, dat werd gewijzigd bij de wet van 8 januari 2012 die het voorwerp uitmaakt van het beroep, bepaalde :

« § 4. De commissie stelt vast, na advies van de Nationale Bank van België, of de indexeringsformule zoals bedoeld in § 1 van de energiecomponent voor levering van elektriciteit met variabele energieprijzen aan huishoudelijke eindafnemers en kmo's correct werd toegepast.

De commissie doet op eigen initiatief een vaststelling in geval een leverancier geen aangifte doet van de in § 2 bedoelde gegevens. Binnen de bovenvermelde termijnen, na ingebrekestelling van de leverancier om zijn aangifteplicht krachtens § 3 na te komen.

De commissie zendt per aangetekende brief met ontvangstmelding haar vaststelling over aan de leverancier binnen vijf werkdagen volgend op diens verklaring bedoeld in § 3 of volgend op de datum waarop zij op eigen initiatief is tussengekomen overeenkomstig het tweede lid. De leverancier heeft het recht de vaststelling door de commissie te betwisten binnen de vijf werkdagen na ontvangst van de vaststelling. Betwistingen worden voorgelegd aan een neutraal en door beide partijen aanvaard lid van het Belgisch Instituut voor Bedrijfsrevisoren, dat binnen dertig dagen en op kosten van de in het ongelijk gestelde partij een bindende vaststelling doet die vaststelt of de indexeringsformule van de energiecomponent voor levering van elektriciteit met variabele energieprijzen aan huishoudelijke afnemers en K.M.O.'s correct werd toegepast.

Nadat de in het eerste lid vermelde vaststelling definitief is geworden, kan de commissie de leverancier aanmanen om de betrokken klanten te crediteren voor het teveel aangerekende deel van de energiecomponent. Indien de leverancier nalaat dit te doen binnen een periode van drie maanden na deze aanmaning kan de commissie deze een administratieve geldboete opleggen, in afwijking van artikel 31. Deze geldboete mag niet hoger zijn dan 150.000 euro.

§ 5. De leverancier geeft elke stijging van de variabele energieprijzen voor huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s die niet het gevolg is van een beslissing van de bevoegde overheid, regulator, netbeheerder, distributienetbeheerder of die niet voortvloeit uit de toepassing van de §§ 2 tot 4, per aangetekende brief met ontvangstmelding aan bij de commissie.

De melding aan de commissie gaat vergezeld van een motivering van de stijging van de variabele prijs zoals bedoeld in het eerste lid.

De inwerkingtreding van de stijging zoals bedoeld in het eerste lid wordt geschorst gedurende de duur van de in deze paragraaf bepaalde procedure.

De commissie oordeelt, na advies van de Nationale Bank van België, of de motivering van de stijging gerechtvaardigd is aan de hand van objectieve parameters, onder andere op basis van een permanente vergelijking van de energiecomponent voor de levering van elektriciteit en aardgas aan huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s met het gemiddelde van de energiecomponent in de zone Noordwest-Europa.

Op initiatief van de commissie, na advies van de Nationale Bank van België, wordt een beslissing genomen door de commissie in geval van afwezigheid van aangifte door een leverancier, na ingebrekestelling per aangetekende brief met ontvangstmelding van de leverancier om zijn aangifteplicht krachtens het eerste lid na te komen.

De commissie zendt, na advies van de Nationale Bank van België, haar beslissing over aan de leverancier binnen vijf werkdagen volgend op diens verklaring bedoeld in het eerste lid of volgend op de datum waarop zij op eigen initiatief is tussengekomen overeenkomstig het vijfde lid.

Indien de opwaartse aanpassing van de energiecomponent niet gerechtvaardigd is, knoopt de leverancier onderhandelingen aan met de commissie en de Nationale Bank van België met het oog op het afsluiten van een akkoord over de variabele prijs voor de energiecomponent voor de levering aan huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s. De commissie overlegt met de Nationale Bank van België.

In geval van mislukking van de onderhandelingen binnen een termijn van twintig dagen vanaf de ontvangst door de commissie van voormelde aangifte, kan de commissie, na advies van de Nationale Bank van België, het geheel of een deel van de geplande stijging verwerpen. De commissie motiveert en deelt haar beslissing per aangetekende brief met ontvangstmelding mee aan de leverancier, onverminderd de rechtsmiddelen van de leveranciers overeenkomstig artikel 29bis.

De leveranciers publiceren de goedgekeurde stijging van hun energiecomponent voor levering van elektriciteit aan huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s op hun website na afloop van deze procedure, binnen vijf werkdagen na de kennisname van de beslissing van de commissie.

Ingeval de commissie vaststelt dat de leveranciers hun verplichtingen krachtens deze paragraaf niet naleven binnen een termijn van twee maanden na de mededeling van haar beslissing aan de betrokken leverancier, kan ze de genoemde leverancier in gebreke stellen om zich te schikken naar zijn verplichtingen. Indien de leverancier nalaat dit te doen binnen een termijn van drie maanden na deze ingebrekestelling, kan de commissie hem een administratieve boete opleggen, bij afwijking van artikel 31. Deze boete mag 150.000 euro niet overschrijden.

Voor de uitvoering van deze paragraaf deelt de commissie aan de Nationale Bank van België alle informatie en documenten die zij ter beschikking heeft mee met toepassing van artikel 26, § 1. De commissie en de Nationale Bank van België nemen de strikte vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens en/of persoonsgegevens in acht.

§ 6. Er wordt onder het gezag van de commissie een Fonds opgericht dat beheerd wordt door de commissie en dat bestemd is voor de vermindering van de federale bijdrage.

De administratieve geldboetes worden gestort in het fonds ter vermindering van de federale bijdrage, opgericht door artikel 20bis, § 6.

§ 7. Het mechanisme ingevoerd door dit artikel maakt het voorwerp uit van een jaarlijkse monitoring en een jaarlijks verslag door de commissie en de Nationale Bank van België teneinde met name de risico's van de marktversturende effecten te identificeren.

Tot 31 december 2014, kan de Koning bij belangrijke marktverstorende effecten, op elk moment beslissen om een einde te stellen aan het mechanisme van dit artikel op voorstel van de minister bij besluit overlegd in Ministerraad op basis van de monitoring en het jaarverslag bedoeld in het eerste lid.

Ten laatste zes maanden vóór 31 december 2014, stellen de commissie en de Nationale Bank van België een evaluatierapport op over dit mechanisme ingesteld door dit artikel. Op basis van dit rapport kan de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de minister, het verlengen met een nieuwe periode van drie jaar, indien een hernieuwing nodig is volgens een identieke procedure, indien hij vaststelt dat de transparantie- en mededingingsvoorwaarden nog steeds niet vervuld zijn en dat de bescherming van de consument nog steeds niet gewaarborgd is. Op basis van de monitoring en het jaarverslag van de commissie en de Nationale Bank bedoeld in het eerste lid, kan de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de minister, op elk moment besluiten om aan het mechanisme van dit artikel een eind te maken in aanwezigheid van belangrijke marktverstorende effecten ».

B.23.3. De wetten van 29 maart 2012 en 25 augustus 2012 hebben in artikel 20*bis* een paragraaf 4*bis* ingevoegd en de paragrafen 4 en 5 gewijzigd, die voortaan bepalen :

« § 4. De commissie stelt vast of de indexeringsformule zoals bedoeld in § 1 van de energiecomponent voor levering van elektriciteit met variabele energieprijzen aan huishoudelijke eindafnemers en kmo's correct werd toegepast. De commissie stelt tevens vast of de indexeringsformule zoals bedoeld in § 1 conform de exhaustieve lijst van toegelaten criteria is, bedoeld in § 4*bis*.

De commissie doet op eigen initiatief een vaststelling in geval een leverancier geen aangifte doet van de in § 2 bedoelde gegevens. binnen de bovenvermelde termijnen, na ingebrekestelling van de leverancier om zijn aangifteplicht krachtens § 3 na te komen.

De commissie zendt per aangetekende brief met ontvangstmelding haar vaststelling over aan de leverancier binnen vijf werkdagen volgend op diens verklaring bedoeld in § 3 of volgend op de datum waarop zij op eigen initiatief is tussengekomen overeenkomstig het tweede lid. De leverancier heeft het recht de vaststelling door de commissie te betwisten binnen de vijf werkdagen na ontvangst van de vaststelling. Betwistingen worden voorgelegd aan een neutraal en door beide partijen aanvaard lid van het Belgisch Instituut voor Bedrijfsrevisoren, dat binnen dertig dagen en op kosten van de in het ongelijk gestelde partij een bindende vaststelling doet die vaststelt of de indexeringsformule van de energiecomponent voor levering van elektriciteit met variabele energieprijzen aan huishoudelijke afnemers en K.M.O.'s correct werd toegepast en of deze indexeringsformule conform de exhaustieve lijst van toegelaten criteria is, bedoeld in § 4*bis*.

Nadat de in het eerste lid vermelde vaststelling definitief is geworden, maant de commissie de leverancier aan om de betrokken klanten te crediteren voor het teveel aangerekende deel van de energiecomponent. De commissie legt aan de leverancier tevens een administratieve geldboete op ter hoogte van het totaal bedrag dat aan de klanten gecrediteerd dient te worden.

§ 4bis. Bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad legt de Koning, na voorstel van de commissie, een exhaustieve lijst vast van toegelaten criteria met het oog op de uitwerking door elkeen van de leveranciers van de indexeringsparameters opdat deze beantwoorden aan transparante, objectieve en niet-discriminatoire criteria en de werkelijke bevoorradingskosten vertegenwoordigen.

Met het oog op de monitoring, brengt de commissie jaarlijks verslag uit aan de regering betreffende de evolutie van de indexeringsparameters van de leveranciers.

§ 5. De leverancier geeft elke stijging van de variabele energieprijz voor huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s die niet het gevolg is van een beslissing van de bevoegde overheid, regulator, netbeheerder, distributienetbeheerder of die niet voortvloeit uit de toepassing van de §§ 2 tot 4, per aangetekende brief met ontvangstmelding aan bij de commissie.

De melding aan de commissie gaat vergezeld van een motivering van de stijging van de variabele prijs zoals bedoeld in het eerste lid.

De inwerkingtreding van de stijging zoals bedoeld in het eerste lid wordt geschorst gedurende de duur van de in deze paragraaf bepaalde procedure.

De commissie oordeelt of de motivering van de stijging gerechtvaardigd is aan de hand van objectieve parameters, onder andere op basis van een permanente vergelijking van de energiecomponent voor de levering van elektriciteit en aardgas aan huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s met het gemiddelde van de energiecomponent in de zone Noordwest-Europa.

Op initiatief van de commissie wordt een beslissing genomen door de commissie in geval van afwezigheid van aangifte door een leverancier, na ingebrekestelling per aangetekende brief met ontvangstmelding van de leverancier om zijn aangifteplicht krachtens het eerste lid na te komen.

De commissie zendt haar beslissing over aan de leverancier binnen vijf werkdagen volgend op diens verklaring bedoeld in het eerste lid of volgend op de datum waarop zij op eigen initiatief is tussengekomen overeenkomstig het vijfde lid.

Indien de opwaartse aanpassing van de energiecomponent niet gerechtvaardigd is, knoopt de leverancier onderhandelingen aan met de commissie met het oog op het afsluiten van een akkoord over de variabele prijs voor de energiecomponent voor de levering aan huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s.

In geval van mislukking van de onderhandelingen binnen een termijn van twintig dagen vanaf de ontvangst door de commissie van voormelde aangifte, kan de commissie het geheel of een deel van de geplande stijging verwerpen. De commissie motiveert en deelt haar beslissing per aangetekende brief met ontvangstmelding mee aan de leverancier, onverminderd de rechtsmiddelen van de leveranciers overeenkomstig artikel 29bis.

De leveranciers publiceren de goedgekeurde stijging van hun energiecomponent voor levering van elektriciteit aan huishoudelijke eindafnemers en K.M.O.'s op hun website na afloop van deze procedure, binnen vijf werkdagen na de kennisname van de beslissing van de commissie.

Ingeval de commissie vaststelt dat de leveranciers hun verplichtingen krachtens deze paragraaf niet naleven binnen een termijn van twee maanden na de mededeling van haar beslissing aan de betrokken leverancier, kan ze de genoemde leverancier in gebreke stellen om zich te schikken naar zijn verplichtingen. Indien de leverancier nalaat dit te doen binnen een termijn van drie maanden na deze ingebrekestelling, kan de commissie hem een administratieve boete opleggen, bij afwijking van artikel 31. Deze boete mag 150.000 euro niet overschrijden.

De commissie neemt de strikte vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens en/of persoonsgegevens in acht ».

B.23.4. In haar memorie van antwoord geeft de verzoekende partij aan dat de grieven die zij aanvoerde in haar verzoekschrift tot vernietiging, geen bestaansreden meer hebben, rekening houdend met de wijzigingen die in artikel 20*bis* van de Elektriciteitswet zijn aangebracht bij de wet van 25 augustus 2012, maar zij blijft bij haar kritiek betreffende de tussenkomsten van de Nationale Bank van België en van een lid van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren, die werden behouden in de nieuwe redactie van artikel 20*bis*.

B.23.5. Zoals de verzoekende partij erop wijst, is artikel 20*bis* geen omzetting van een specifieke bepaling van de richtlijn 2009/72/EG. Het past binnen een mechanisme, het « vangnet », waarmee de wetgever de consumenten, overeenkomstig artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG, redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen wil waarborgen door ze te beschermen tegen de volatiliteit van de prijzen. Overweging 51 van de richtlijn geeft in dat verband aan :

« De consumentenbelangen zouden in deze richtlijn centraal moeten staan, en de kwaliteit van de dienstverlening zou een kerntaak van elektriciteitsbedrijven moeten zijn. Bestaande rechten van consumenten moeten worden versterkt en gewaarborgd, en dienen meer transparantie te omvatten. Consumentenbescherming zou moeten waarborgen dat alle consumenten in de ruimere context van de Gemeenschap profiteren van een concurrerende markt. Consumentrechten dienen te worden gehandhaafd door de lidstaten, of, indien een lidstaat hierin voorziet, door de regulerende instanties ».

B.23.6. De wetgever kon dus, zonder afbreuk te doen aan de verplichtingen die de richtlijn hem oplegt, zelf toezien op de eerbiediging van de rechten van de consumenten, maar hij verkoos de CREG die bevoegdheid toe te vertrouwen en kon, gelet op de keuzemogelijkheid waarover hij beschikte, ervoor kiezen eveneens te voorzien in een tussenkomst van de Nationale Bank van België en van een lid van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren. De parlementaire voorbereiding van de bestreden wet toont bovendien aan

dat de bepalingen betreffende de tussenkomst van de Nationale Bank van België werden aangenomen ingevolge het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 62).

B.23.7. Het vijfde subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel is niet gegrond wat de in B.23.1 aangegeven grief betreft.

B.23.8. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.23.9. De verzoekende partij doet niettemin gelden dat artikel 20*bis*, § 2, tweede lid, van de Elektriciteitswet, de verplichting tot publicatie van de indexeringsformules beperkt tot de formules die betrekking hebben op de huishoudelijke afnemers, terwijl artikel 15/10*bis* van de Gaswet, ingevoegd bij artikel 82 van de bestreden wet, niet alleen voor de huishoudelijke afnemers, maar ook voor de kmo's in zulk een publicatie voorziet.

B.23.10. Aangezien niets dat verschil in behandeling verantwoordt en de parlementaire voorbereiding daarentegen aangeeft dat de wetgever uitdrukkelijk wenste dat de in het geding zijnde formules ook voor de kmo's zouden worden gepubliceerd, kan worden aangenomen dat de bestreden bepaling een lacune vertoont die mogelijk voortvloeit uit een materiële vergissing. Het voormelde artikel 20*bis*, § 2, tweede lid, ingevoegd bij artikel 29 van de bestreden wet, dient dus te worden vernietigd, doch alleen in zoverre het niet voorziet in de publicatie van de indexeringsformules voor de levering van elektriciteit aan kmo's.

B.23.11. Aangezien de in B.23.9 gedane vaststelling van de lacune is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen om de toepassing van de bestreden bepaling toe te laten met inachtneming van de referentienormen op grond waarvan het Hof zijn toetsingsbevoegdheid uitoefent, staat het aan de bevoegde rechter en overheid een einde te maken aan de schending van die normen.

B.24.1. In een zesde subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 76 van de bestreden wet, dat artikel 15/5*duodecies* van de Gaswet wijzigt, strijdig te zijn met artikel 36 van de richtlijn 2009/73/EG.

B.24.2.1. Een eerste grief wordt door de verzoekende partij afgeleid uit het feit dat artikel 15/5*duodecies*, § 1, van de Gaswet de Koning, na advies van de CREG, een bevoegdheid toekent tot tijdelijke afwijking van de regeling van ontvlechting van de eigendomsstructuren (die is opgelegd aan de netbeheerders en die door de CREG wordt gecontroleerd), met betrekking tot nieuwe gasinfrastructuur, terwijl artikel 36, lid 7, van de richtlijn, die bevoegdheid aan de nationale regulerende instantie zou voorbehouden.

B.24.2.2. Artikel 36, lid 7, van de richtlijn 2009/73/EG bepaalt :

« Artikel 36 – Nieuwe infrastructuur

[...]

7. Niettegenstaande lid 3 kunnen de lidstaten bepalen dat de regulerende instantie of het Agentschap, naar gelang van het geval, haar of zijn advies over het verzoek om ontheffing aan het bevoegde orgaan in de lidstaat voorlegt met het oog op een formeel besluit. Dit advies wordt samen met het besluit bekendgemaakt ».

B.24.2.3. Uit de bewoordingen van die bepaling blijkt dat de procedure waarin zij voorziet de regulerende instantie een adviesbevoegdheid toekent en dat de beslissingsbevoegdheid tot het bevoegde orgaan in de lidstaat behoort; de grief berust dus op een onjuiste lezing van die bepaling; zij voorziet overigens erin dat het advies en het besluit gelijktijdig worden bekendgemaakt, wat veronderstelt dat het advies en het besluit mogelijk niet overeenstemmen.

B.24.3.1. Een tweede grief wordt door de verzoekende partij afgeleid uit het feit dat artikel 15/5*duodecies*, § 1*bis*, van de Gaswet bepaalt dat de in B.24.2.1 bedoelde aanvragen tot afwijking worden ingediend bij de bevoegde minister, terwijl artikel 36, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG bepaalt dat zij worden ingediend bij de nationale regulerende instantie, die ze moet toezenden aan de Europese Commissie.

B.24.3.2. Artikel 36, lid 8, van de richtlijn 2009/73/EG bepaalt :

« Artikel 36 – Nieuwe infrastructuur

[...]

8. De regulerende instantie zendt de Commissie onverwijld na ontvangst een afschrift toe van ieder verzoek om ontheffing. Het besluit wordt door de bevoegde instantie onverwijld ter kennis van de Commissie gebracht, samen met alle relevante informatie over het besluit. De informatie kan in geaggregeerde vorm aan de Commissie worden voorgelegd om haar in staat te stellen een gefundeerd besluit te nemen. Deze informatie omvat in het bijzonder :

a) de gedetailleerde redenen op grond waarvan de regelgevende instantie of de lidstaat de ontheffing heeft verleend of geweigerd, samen met een verwijzing naar lid 1 met inbegrip van de/het relevante punt(en) van dat lid waarop dit besluit is gebaseerd, met inbegrip van de financiële informatie ter staving van de noodzaak van een ontheffing;

b) de analyse van de gevolgen ten aanzien van de mededinging en de efficiënte functionering van de interne markt voor aardgas die het verlenen van de ontheffing met zich brengt;

c) de motivering omtrent de duur en het gedeelte van de totale capaciteit van de betrokken gasinfrastructuur waarvoor de ontheffing is verleend;

d) indien de ontheffing betrekking heeft op een interconnector, het resultaat van het overleg met de betrokken regulerende instanties, en

e) de bijdrage van de infrastructuur aan de diversifiëring van de gasvoorziening ».

B.24.3.3. Ook al blijkt uit die bepaling dat het de nationale regulerende instantie toekomt de Europese Commissie een afschrift toe te zenden van elke aanvraag tot afwijking, toch kan niet eruit worden afgeleid dat de aanvragen aan haar moeten worden gericht; de grief berust dus op een verkeerde lezing van dat artikel 36, lid 8, met dien verstande overigens dat het het orgaan - te dezen de minister - dat de aanvraag ontvangt, toekomt ze toe te zenden aan de CREG, opdat deze zich aan die bepaling kan conformeren en een besluit kan nemen over de aanvraag tot afwijking, zoals zij daartoe gemachtigd is krachtens artikel 36, lid 3. De grief is niet gegrond.

B.24.3.4. De verzoekende partij verwijt artikel 15/*duodecies*, § 1*bis*, van de Gaswet eveneens dat het bepaalt dat de procedure voor behandeling van de aanvragen tot afwijking is vastgelegd bij paragraaf 1*ter*, die betrekking heeft op de aanvragen betreffende installaties die gevestigd zijn op het grondgebied van verschillende lidstaten, en dat het aldus abstractie maakt van de procedure waarin artikel 15/*duodecies*, § 1, voorziet voor de installaties die op het Belgische grondgebied gevestigd zijn.

B.24.3.5. Artikel 15/5*duodecies*, §§ 1 tot 4, bepaalt :

« § 1. De nieuwe grote aardgasinstallaties, namelijk de interconnecties met de buurlanden, de LNG-installaties en de opslaginstallaties evenals de significante capaciteitsverhogingen van de bestaande installaties en de wijzigingen van deze installaties ter bevordering van de ontwikkeling van nieuwe gasbevoorradingsbronnen, kunnen genieten van een afwijking van de bepalingen van dit hoofdstuk en van de bepalingen inzake de tarifaire methodologie, met uitzondering van de artikelen 15/7, 15/8 en 15/9. Deze afwijking wordt verleend door de Koning, op voorstel van de minister en na advies van de Commissie in de mate dat :

1° de investering de concurrentie in de aardgaslevering moet versterken en de bevoorradingszekerheid moet verbeteren;

2° het risiconiveau dat verbonden is aan de investering dusdanig is dat deze investering niet gerealiseerd zou zijn als geen afwijking was toegestaan;

3° de installatie de eigendom is van een natuurlijke of rechtspersoon die op zijn minst qua rechtsvorm gescheiden is van de netbeheerders in wier netwerk die installatie wordt gebouwd;

4° de tarieven worden geïnd bij de gebruikers van de betrokken installatie;

5° de afwijking geen afbreuk doet aan de concurrentie of de goede werking van de nationale aardgasmarkt, noch aan de doeltreffendheid van de werking van het net waarmee de installatie is verbonden.

§ 1*bis*. De aanvraag tot afwijking § 1 wordt ingediend bij de minister die dit behandelt op basis van de in §§ 1*ter* tot 4 vastgelegde procedure.

§ 1*ter*. Indien de betreffende installatie gevestigd is op het grondgebied van verschillende lidstaten, kan het ACER aan de minister alsook aan de bevoegde overheden van de andere betrokken lidstaten een advies voorleggen, dat zij dan als basis voor hun beslissing kunnen gebruiken, binnen een termijn van twee maanden vanaf de datum van de ontvangst van de aanvraag tot afwijking door de laatste van deze instanties.

Indien alle betrokken overheden binnen een termijn van zes maanden vanaf de datum van de ontvangst van de aanvraag tot afwijking door de laatste van de overheden, hierover tot een akkoord komen, dan brengen zij het ACER op de hoogte van hun beslissing.

Het ACER oefent de verantwoordelijkheden uit die door dit artikel worden toegekend aan de betrokken overheden :

a) indien alle betrokken instanties niet binnen een termijn van zes maanden vanaf de datum waarop de aanvraag tot afwijking door de laatste van deze instanties werd ontvangen, tot een akkoord zijn gekomen; of

b) op gezamenlijk verzoek van de betrokken overheden.

Alle betrokken overheden kunnen gezamenlijk vragen dat de in het derde lid, a), bedoelde termijn wordt verlengd met een duur van maximaal drie maanden.

Alvorens een beslissing te nemen, raadpleegt het ACER de betrokken overheden en de aanvragers.

§ 2. De afwijking kan gelden voor het geheel of gedeelten van, respectievelijk, de nieuwe installatie of de significant verhoogde bestaande installatie.

Bij de beslissing over de afwijking wordt per geval nagegaan of er voorwaarden gesteld moeten worden met betrekking tot de duur van de afwijking en de niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur.

Hierbij wordt rekening gehouden met, in het bijzonder, de aan te leggen extra capaciteit of de wijziging van de bestaande capaciteit, de looptijd van het project en de nationale omstandigheden.

§ 3. Alvorens een afwijking toe te staan, kan de Koning, op voorstel van de minister en na advies van de commissie, de regels en mechanismen vastleggen voor het beheer en de toewijzing van capaciteit. De regels vereisen dat alle mogelijke gebruikers van de infrastructuur worden uitgenodigd om hun wens duidelijk te maken om capaciteit contractueel vast te leggen vóór tot de toewijzing van de capaciteit van de nieuwe infrastructuur wordt overgegaan, ook voor hun eigen gebruik.

De regels voor het congestiebeheer omvatten de verplichting om niet op de markt gebruikte capaciteit aan te bieden en vereisen dat de gebruikers van de infrastructuur over de capaciteit die zij hebben afgesloten op de secundaire markt kunnen onderhandelen. Bij de beoordeling van de in § 1, 1°, 2° en 5°, bedoelde criteria, wordt rekening gehouden met de resultaten van deze procedure van toewijzing van capaciteit.

De beslissing tot afwijking, met inbegrip van de in § 2 bedoelde voorwaarden, wordt behoorlijk met redenen omkleed en gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*, samen met het advies van de commissie.

§ 4. De minister maakt aan de Europese Commissie een afschrift over van elke aanvraag tot afwijking, onmiddellijk na de ontvangst hiervan. Hij geeft onverwijld kennis aan de Europese Commissie van de beslissing evenals van alle nuttige informatie in verband hiermee. Deze informatie kan aan de Europese Commissie in samengevoegde vorm worden meegedeeld om haar in staat te stellen om haar beslissing behoorlijk te staven. Deze informatie omvat meer bepaald :

a) de gedetailleerde redenen op basis waarvan de afwijking werd toegekend of afgewezen, evenals een verwijzing naar § 1 waarin het specifieke punt of de relevante punten van die paragraaf worden vermeld waarop deze beslissing is gebaseerd, met inbegrip van de financiële gegevens die aantonen dat ze noodzakelijk was;

b) de uitgevoerde analyse betreffende de gevolgen van de toekenning van de afwijking voor de concurrentie en de goede werking van de interne markt voor aardgas;

c) de redenen ter verantwoording van de duur en het aandeel van de totale capaciteit van de betrokken gasinstallatie waarvoor de afwijking wordt toegekend;

d) indien de afwijking een interconnectie betreft, het resultaat van het overleg met de instanties van de andere betrokken lidstaten van de Europese Unie; en

e) de bijdrage van de installatie tot de diversifiëring van de gasbevoorrading.

Binnen een termijn van twee maanden vanaf de dag volgend op de ontvangst van een kennisgeving, kan de Europese Commissie een beslissing nemen waarbij wordt vereist dat de beslissing om een afwijking toe te kennen wordt gewijzigd of ingetrokken. Deze termijn van twee maanden kan met een bijkomende periode van twee maanden worden verlengd indien de Europese Commissie bijkomende informatie vraagt. Deze bijkomende termijn loopt vanaf de dag volgend op de dag van de ontvangst van de bijkomende informatie. De aanvankelijke termijn van twee maanden kan ook met wederzijds akkoord tussen de Europese Commissie en de minister worden verlengd.

Indien de gevraagde inlichtingen niet binnen de in de aanvraag voorziene termijn worden geleverd, wordt de kennisgeving geacht te zijn ingetrokken, tenzij de termijn werd verlengd vóór hij was vervallen door het wederzijds akkoord tussen de Europese Commissie en de minister, of tenzij de minister de Europese Commissie heeft geïnformeerd, vóór het verlopen van de vastgestelde termijn, en door een met redenen omklede verklaring, dat hij de kennisgeving als volledig beschouwt.

De minister schikt zich binnen een termijn van een maand naar de beslissing van de Europese Commissie die de wijziging of de intrekking van de beslissing tot afwijking vraagt en brengt de Europese Commissie hiervan op de hoogte.

De goedkeuring van een beslissing tot afwijking door de Europese Commissie vervalt twee jaar na de invoering ervan indien de bouw van de installatie nog niet is aangevat, en vijf jaar na de invoering ervan indien de installatie nog niet operationeel is, behalve wanneer de Europese Commissie beslist dat de vertraging te wijten is aan belangrijke moeilijkheden die buiten de controle liggen van de begunstigde van de afwijking ».

B.24.3.6. Uit de in B.24.3.5 weergegeven bepalingen blijkt dat artikel 15/5*duodecies*, § 1, enkel de voorwaarden bepaalt waaraan de nieuwe infrastructuur moet beantwoorden en dat de procedure waarin de paragrafen 1*ter* tot 4 voorzien, betrekking heeft op beide in B.24.3.4 bedoelde installatietypes, zodat de grief niet gegrond is.

B.24.4.1. Drie andere grieven worden afgeleid uit het feit dat artikel 15/5*duodecies*, §§ 1*ter*, 3 en 4, van de Gaswet, - weergegeven in B.24.3.5 - de Koning of de bevoegde minister bevoegdheden toekent die aan de CREG zouden moeten toebehoren krachtens artikel 36, leden 4, 6, 8 en 9, van de richtlijn 2009/73/EG.

B.24.4.2. Artikel 36, leden 4, 6, 8 en 9, van de voormelde richtlijn bepaalt :

« Artikel 36 – Nieuwe infrastructuur

[...]

4. Wanneer de infrastructuur in kwestie is gelegen op het grondgebied van meer dan één lidstaat, kan het Agentschap een advies aan de regulerende instanties van de lidstaten in kwestie doen toekomen, op basis waarvan zij een besluit kunnen nemen binnen twee maanden vanaf de datum waarop de laatste van de regulerende instanties een verzoek om een ontheffing heeft ontvangen.

Indien alle betrokken regulerende instanties binnen zes maanden vanaf de datum waarop de laatste van de regulerende instantie het verzoek om een ontheffing heeft ontvangen, overeenstemming hebben bereikt over dit verzoek, stellen zij het Agentschap op de hoogte van hun besluit.

Het Agentschap voert de taken waarmee de regulerende instanties van de betrokken lidstaten bij dit artikel worden belast, uit :

a) indien alle betrokken regulerende instanties niet in staat zijn gebleken overeenstemming te bereiken binnen zes maanden na de datum waarop de laatste van deze regulerende instanties het verzoek om ontheffing heeft ontvangen, of

b) naar aanleiding van een gezamenlijk verzoek van de betrokken regulerende instanties.

Alle betrokken regulerende instanties kunnen gezamenlijk verzoeken de in de derde alinea, onder a), bedoelde periode met ten hoogste drie maanden te verlengen.

[...]

6. Een ontheffing kan gelden voor het geheel of voor gedeelten van de capaciteit van de nieuwe infrastructuur, of van de bestaande infrastructuur met aanzienlijk verhoogde capaciteit.

Bij de besluitvorming over de ontheffing wordt per geval nagegaan of er voorwaarden gesteld moeten worden met betrekking tot de duur van de ontheffing en de niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur. Bij de vaststelling van deze voorwaarden wordt met name rekening gehouden met de aan te leggen extra capaciteit of de wijziging van de bestaande capaciteit, de looptijd van het project en de nationale omstandigheden.

Voordat een ontheffing wordt verleend, besluit de regulerende instantie, over de voorschriften en de mechanismen voor het beheer en/of de toewijzing van de capaciteit. De voorschriften omvatten de eis dat alle potentiële gebruikers van de infrastructuur wordt verzocht hun belangstelling voor het inkopen van capaciteit aan te geven alvorens de toewijzing van capaciteit in de nieuwe infrastructuur, inclusief voor eigen gebruik, plaatsvindt. De regulerende instantie eist dat de voorschriften voor het congestiebeheer de verplichting omvatten om ongebruikte capaciteit op de markt aan te bieden, en eist dat gebruikers van de infrastructuur het recht krijgen de door hen ingekochte capaciteit te

verhandelen op de secundaire markt. Bij haar beoordeling van de in lid 1, onder a), b) en e), van dit artikel bedoelde criteria houdt de regulerende instantie rekening met de resultaten van de capaciteitstoewijzingsprocedure.

Het ontheffingsbesluit, met inbegrip van eventuele voorwaarden als bedoeld in de tweede alinea van dit lid, wordt naar behoren met redenen omkleed en wordt gepubliceerd.

[...]

8. De regulerende instantie zendt de Commissie onverwijld na ontvangst een afschrift toe van ieder verzoek om ontheffing. Het besluit wordt door de bevoegde instantie onverwijld ter kennis van de Commissie gebracht, samen met alle relevante informatie over het besluit. De informatie kan in geaggregeerde vorm aan de Commissie worden voorgelegd om haar in staat te stellen een gefundeerd besluit te nemen. Deze informatie omvat in het bijzonder :

a) de gedetailleerde redenen op grond waarvan de regelgevende instantie of de lidstaat de ontheffing heeft verleend of geweigerd, samen met een verwijzing naar lid 1 met inbegrip van de/het relevante punt(en) van dat lid waarop dit besluit is gebaseerd, met inbegrip van de financiële informatie ter staving van de noodzaak van een ontheffing;

b) de analyse van de gevolgen ten aanzien van de mededinging en de efficiënte functionering van de interne markt voor aardgas die het verlenen van de ontheffing met zich brengt;

c) de motivering omtrent de duur en het gedeelte van de totale capaciteit van de betrokken gasinfrastructuur waarvoor de ontheffing is verleend;

d) indien de ontheffing betrekking heeft op een interconnector, het resultaat van het overleg met de betrokken regulerende instanties, en

e) de bijdrage van de infrastructuur aan de diversifiëring van de gasvoorziening.

9. Binnen twee maanden na ontvangst van een kennisgeving kan de Commissie een besluit nemen waarbij zij de kennisgevende instanties verzoekt het besluit tot verlening van een ontheffing te wijzigen of in te trekken. Deze termijn vangt aan op de dag volgende op die van de ontvangst van de kennisgeving. Die termijn van twee maanden kan met twee extra maanden worden verlengd indien de Commissie om aanvullende informatie verzoekt. Deze termijn vangt aan op de dag volgende op die van de ontvangst van de volledige informatie. De termijn van twee maanden kan ook worden verlengd wanneer zowel de Commissie als de betrokken regulerende instantie daarmee instemt.

Wanneer de opgevraagde informatie niet binnen de in het verzoek om informatie vastgestelde termijn wordt verstrekt, wordt de kennisgeving geacht te zijn ingetrokken tenzij, alvorens die termijn afloopt, de termijn is verlengd met de instemming van zowel de Commissie als de regulerende instantie of tenzij de regulerende instantie in een met redenen omklede verklaring de Commissie ervan op de hoogte heeft gebracht dat zij de kennisgeving als volledig beschouwt.

De regulerende instantie voldoet binnen een termijn van een maand aan het besluit van de Commissie om het ontheffingsbesluit te wijzigen of in te trekken en stelt de Commissie daarvan in kennis.

De Commissie eerbiedigt het vertrouwelijke karakter van commercieel gevoelige informatie.

De goedkeuring van een ontheffingsbesluit door de Commissie verliest haar effect twee jaar na de vaststelling daarvan wanneer de bouw van de infrastructuur nog niet van start is gegaan, en na vijf jaar wanneer de infrastructuur nog niet operationeel is geworden, tenzij de Commissie vaststelt dat de vertraging het gevolg is van grote hindernissen die buiten de macht liggen van de persoon aan wie de ontheffing is verleend ».

B.24.4.3. Ook al gaat het om een onachtzaamheid van de wetgever die de Ministerraad als « tikfout » omschrijft, toch zijn de bestreden bepalingen geen correcte omzetting van de overeenkomstige bepaling van de richtlijn, zodat het zesde subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel in die mate gegrond is. Bijgevolg dient artikel 76, 3° en 7°, van de bestreden wet te worden vernietigd in zoverre het de paragrafen 1^{ter}, 3 en 4 in artikel 15/5^{duodecies} van de Gaswet invoegt.

B.25.1. In een zevende subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 36, 2°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 1, van de Elektriciteitswet aanvult, dat het de aan de CREG toegewezen doelstelling die erin bestaat ervoor te zorgen dat de afnemers baat hebben bij een efficiënte werking van de markt, beperkt tot de eindafnemers, terwijl artikel 36, onder g), van de richtlijn 2009/72/EG, die beperking niet zou bevatten.

B.25.2. De afdeling wetgeving van de Raad van State gaf in haar advies aan :

« Om in overeenstemming te zijn met artikel 36, g), van richtlijn 2009/72/EG moet aan het begin van het ontworpen artikel 23, § 1, tweede lid, 7°, het woord ‘ eindafnemers ’ vervangen worden door ‘ afnemers ’, en moet op het einde geschreven worden ‘ ... en bijdragen tot het waarborgen van consumentenbescherming ’ » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 305).

B.25.3. Wellicht wegens onachtzaamheid werd aan die opmerking gevolg gegeven in de Nederlandse tekst van artikel 23, § 1, tweede lid, 7°, maar niet in de Franse tekst. Het gaat dus om een materiële vergissing die, rekening houdend met de bewoordingen van de richtlijn en met de bedoeling van de wetgever, niet verhindert de bestreden bepaling te interpreteren in die zin dat zij zich niet tot de eindafnemers beperkt.

B.25.4. Onder voorbehoud van de in B.25.3 aangegeven interpretatie, is het zevende subonderdeel van het tweede onderdeel van het eerste middel niet gegrond.

B.25.5. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

Ten aanzien van het tweede middel

B.26. Het tweede middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 35 en 37 van de richtlijn 2009/72/EG, met de artikelen 39 en 41 van de richtlijn 2009/73/EG, met artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en met artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009.

Eerste onderdeel

B.27.1. In een eerste subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 2, en 12bis, § 2, invoegen in de Elektriciteitswet, in strijd te zijn met artikel 35, leden 4 en 5, en artikel 37, leden 2, 4, 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, en met artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009, in zoverre de bestreden bepalingen, inzake de tariefmethodologie, een minimaal overleg en een wetgevend kader zouden opleggen die afbreuk zouden doen aan haar onafhankelijkheid.

B.27.2. Artikel 12, § 2, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 2. Na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de netbeheerder, werkt de commissie de tariefmethodologie uit die deze netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen van diens tariefvoorstel.

De tariefmethodologie preciseert onder andere :

- (i) de definitie van de kostencategorieën die door de tarieven worden gedekt;
- (ii) de kostencategorieën waarop, in voorkomend geval, de bevorderende regelgeving van toepassing is;

(iii) de regels van de evolutie na verloop van tijd van de kosten bedoeld in (i), met inbegrip van de methode voor de bepaling van de parameters die zijn opgenomen in de evolutieformule;

(iv) de regels voor de toewijzing van de kosten aan de categorieën van netgebruikers;

(v) de algemene tariefstructuur en de tariefcomponenten.

Het overleg met de netbeheerder maakt het voorwerp uit van een akkoord tussen de commissie en deze beheerder. Bij gebrek aan een akkoord wordt het overleg ten minste gehouden als volgt :

1° de commissie stuurt de oproeping voor in § 2, eerste lid, bedoelde overlegvergaderingen naar de netbeheerder samen met de documentatie betreffende de agendapunten van deze vergaderingen, binnen een redelijk termijn voorafgaand aan de vergaderingen in kwestie. De oproeping vermeldt de plaats, de datum en het uur van de vergadering, alsook de punten van de dagorde;

2° na de vergadering stelt de commissie een ontwerp van proces verbaal op van de vergadering waarin de argumenten worden opgenomen die naar voren werden geschoven door de verschillende partijen en de vastgestelde punten waarover overeenstemming en waarover geen overeenstemming bestond die zij ter goedkeuring verzendt naar de netbeheerder binnen een redelijke termijn na de vergadering;

3° binnen een redelijke termijn na de ontvangst van het door de partijen goedgekeurde proces-verbaal van de commissie, verstuurt de netbeheerder naar de commissie zijn formeel advies over de tariefmethodologie dat het resultaat is van dit overleg, waarbij desgevallend de eventuele resterende punten waarover geen overeenstemming werd bereikt worden benadrukt.

In afwijking van de voorgaande bepalingen, kan de tariefmethodologie worden opgesteld door de commissie volgens een vastgestelde procedure van gemeenschappelijk akkoord met de netbeheerder op basis van een uitdrukkelijk transparant en niet-discriminerend akkoord ».

Artikel 12bis, § 2, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.27.3. Artikel 37, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG heeft zelf het kader van het overleg op tariefvlak vastgesteld. Het bepaalt :

« Artikel 37 - Taken en bevoegdheden van de regulerende instantie

1. De regulerende instantie heeft de volgende taken :

a) vaststellen of goedkeuren, volgens transparante criteria, van transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor;

[...]

Bij de uitvoering van haar taken als bedoeld in lid 1, raadpleegt de regulerende instantie de transmissiesysteembeheerders en werkt zij eventueel nauw samen met andere betrokken nationale instanties, zonder daarbij afbreuk te doen aan hun onafhankelijkheid, onverminderd hun eigen specifieke bevoegdheden en overeenkomstig de beginselen van betere regelgeving.

[...] ».

De wetgever heeft dezelfde beginselen in acht genomen (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 44).

B.27.4. Rekening houdend met hetgeen is gezegd in B.27.3, kunnen noch het voorafgaande overleg met het oog op het sluiten van een akkoord tussen de partijen, noch het minimale overleg bij gebrek aan een dergelijk akkoord worden beschouwd als een aantasting van de onafhankelijkheid van de CREG, maar blijken zij de uiting te zijn van een beginsel van behoorlijk bestuur dat de uitoefening van haar tariefbevoegdheid geenszins beperkt, aangezien, bij gebrek aan een akkoord tussen de partijen, artikel 12, § 2, vierde lid, de CREG toelaat de tariefmethodologie zelf vast te stellen. De verplichting die bij die gelegenheid op haar rust, namelijk het de netbeheerders mogelijk maken te beschikken over een « redelijke termijn » om hun advies mee te delen, blijkt niet overdreven, ermee rekening houdend dat die beheerders een dergelijk advies niet op nuttige wijze zouden kunnen uitbrengen zonder te hebben kunnen beschikken over de nodige tijd om studies uit te voeren teneinde met name hun prestaties en de waarde ervan te kunnen evalueren.

B.27.5. De verzoekende partij bekritiseert ook de bestreden bepalingen in zoverre zij het overleg waarin zij voorzien, voorbehouden aan de netbeheerders, met uitsluiting van de gebruikers ervan.

De Ministerraad voert ten onrechte de niet-ontvankelijkheid van die grief aan, niet-ontvankelijkheid die steunt op de ontstentenis van belang van de verzoekende partij : aangezien die laatste doet blijken van het vereiste belang om de vernietiging van de bestreden bepalingen te vorderen, is de exceptie niet gegrond.

Voor het overige kunnen de bestreden bepalingen niet strijdig worden geacht met de aangevoerde bepalingen ten aanzien van de rol van de netgebruikers, aangezien, enerzijds, uit de overweging 36 van de richtlijn 2009/72/EG blijkt dat het bepalen van die rol wordt overgelaten aan de lidstaten en, anderzijds, in het algemeen, de nationale regulerende

instanties zelf worden verzocht te waken over de naleving van de consumentenrechten (overweging 51 van de richtlijn 2009/72/EG). De regels inzake de ontvlechting van de eigendomsstructuren die ter zake zijn opgelegd door het recht van de Europese Unie, kunnen overigens voorkomen dat sommige netgebruikers worden bevoordeeld door de banden die zij met de netbeheerders zouden hebben.

B.27.6. De verzoekende partij verwijt de bestreden bepalingen ten slotte erin te voorzien dat de tariefmethodologie de kostencategorieën moet preciseren waarop de stimulerende regelgeving betrekking heeft (artikel 12, § 2, tweede lid, ii), en artikel 12*bis*, § 2, tweede lid, ii), van de Elektriciteitswet).

Artikel 37, lid 8, van de richtlijn 2009/72/EG geeft het doel van de stimulerende regelgevingen aan :

« Artikel 37 - Taken en bevoegdheden van de regulerende instantie

[...]

8. Bij de vaststelling of goedkeuring van de tarieven of methoden en de balanceringsdiensten zorgen de regulerende instanties ervoor dat de transmissie- en distributiesysteembeheerders passende stimulansen krijgen, zowel op korte als op lange termijn, om de efficiëntie te verbeteren, de marktintegratie en de leverings- en voorzieningszekerheid te versterken en verwante onderzoeksactiviteiten te ondersteunen ».

Uit die bepaling kan worden afgeleid dat de nationale regulerende instanties ertoe gehouden zijn te voorzien in stimulerende maatregelen, maar zij machtigt de lidstaten niet ertoe te bepalen op welke kosten die maatregelen betrekking hebben.

B.27.7. Het eerste subonderdeel van het eerste onderdeel van het tweede middel is derhalve gegrond in zoverre het betrekking heeft op de artikelen 12, § 2, tweede lid, ii), en 12*bis*, § 2, tweede lid, ii), van de Elektriciteitswet.

B.27.8. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.27.9. Bijgevolg dienen de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet te worden vernietigd in zoverre ze artikel 12, § 2, tweede lid, ii), en artikel 12*bis*, § 2, tweede lid, ii), van de Elektriciteitswet wijzigen en dienen de artikelen 71 en 72 van de bestreden wet te worden

vernietigd in zoverre ze respectievelijk artikel 15/5bis, § 2, tweede lid, ii), en artikel 15/5ter, § 2, tweede lid, ii), van de Gaswet wijzigen.

B.28.1. In een tweede subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 3, eerste lid, en 12bis, § 3, eerste lid, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de bepalingen van de richtlijn 2009/72/EG die de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instantie waarborgen, in zoverre zij de CREG ertoe verplichten aan de Kamer van volksvertegenwoordigers een ontwerp van tariefmethodologie voor te leggen.

B.28.2. Artikel 12, § 3, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 3. De commissie deelt haar ontwerp van tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de netbeheerder alsook alle documenten die zij noodzakelijk acht voor de motivering van haar beslissing met betrekking tot de tariefmethodologie mee aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie met betrekking tot de leveranciers of de netgebruikers, de persoonsgegevens en/of de gegevens waarvan de vertrouwelijkheid beschermd wordt krachtens bijzondere wetgeving.

De commissie publiceert op haar website de toepasselijke tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de netbeheerder en alle documenten die zij nuttig acht voor de motivering van haar beslissing betreffende de tariefmethodologie, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige gegevens betreffende de leveranciers of de netgebruikers, persoonsgegevens en/of gegevens waarvan de vertrouwelijkheid wordt beschermd krachtens bijzondere wetgeving ».

Artikel 12bis, § 3, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.28.3. De bestreden bepalingen zijn niet van dien aard dat zij afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van de CREG, aangezien de verplichting waarin zij voorzien, is beperkt tot een mededelingsplicht die geen enkele beperking van de bevoegdheden van de CREG impliceert en die past in de parlementaire controle die de Kamer van volksvertegenwoordigers uitoefent over de overheden; de memorie van toelichting van het wetsontwerp dat de bestreden wet is geworden stelt te dezen die verplichting in de volgende bewoordingen voor :

« Dit artikel voorziet eveneens dat de CREG verplicht is om de Kamer van volksvertegenwoordigers op de hoogte te stellen van zijn methodologieontwerp door hem een kopie van dit ontwerp over te maken. De Kamer van volksvertegenwoordigers kan deze

documenten in een parlementaire commissie onderzoeken en kan een verslag opstellen waarbij zorg wordt gedragen voor de naleving van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige en/of persoonsgegevens » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 45).

Overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG heeft de uitoefening van een dergelijke controle zelf aanvaard :

« Om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit ».

B.28.4. Het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.28.5. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.29.1. In een derde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 4, eerste lid, eerste zin, en 12bis, § 4, eerste lid, eerste zin, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, lid 4, en 37, leden 1, 4, 6, onder a), en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, door haar ertoe te verplichten haar methodes inzake de totstandkoming van de tariefmethodologie zes maanden op voorhand aan de netbeheerders mee te delen en in zoverre zij aldus een injunctie van de Regering in de uitoefening van de bevoegdheden van de CREG vormen.

B.29.2. Artikel 12, § 4, eerste lid, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 4. De tariefmethodologie die is vastgesteld krachtens § 3 en die van toepassing is op de vaststelling van het tariefvoorstel wordt meegedeeld aan de netbeheerder ten laatste zes maanden vóór de datum waarop het tariefvoorstel moet worden ingediend bij de commissie. De wijzingen moeten gemotiveerd worden ».

Artikel 12bis, § 4, eerste lid, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.29.3. Dergelijke bepalingen vormen geen injunctie die de wetgever aan de CREG zou richten en de onafhankelijkheid van de CREG zou kunnen bedreigen. Zij passen in het perspectief van artikel 37, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG en van de « beginselen van betere regelgeving » waarnaar reeds is verwezen in B.15.4, in zoverre zij het de netbeheerders mogelijk maken te beschikken over de nodige tijd om evenwichtige tarieven voor te stellen.

B.29.4. Het derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.29.5. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.30.1. In een vierde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, §§ 7 en 8, en 12bis, §§ 7 en 8, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre de bestreden bepalingen afbreuk zouden doen aan haar onafhankelijkheid door haar een procedure voor de goedkeuring van de tarieven en een regeling van voorlopige tarieven op te leggen. Aan de netbeheerders en de aan hen verbonden gebruikers zouden zij daarnaast een voordeel toekennen dat discriminerend is ten opzichte van de andere gebruikers en de consumenten.

B.30.2. Artikel 12, §§ 7 en 8, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 7. De commissie onderzoekt het tariefvoorstel, beslist over de goedkeuring van deze en deelt haar gemotiveerde beslissing mee aan de netbeheerder met inachtneming van de invoerings- en goedkeuringsprocedure voor de tarieven.

§ 8. De invoerings- en goedkeuringsprocedure voor de tariefvoorstellen maakt het voorwerp uit van een akkoord tussen de commissie en de netbeheerder. Bij gebrek aan een akkoord, is de procedure de volgende :

1° de netbeheerder dient binnen een redelijke termijn voor het einde van het laatste jaar van elke lopende gereguleerde periode zijn tariefvoorstel in, vergezeld van het budget, voor de volgende gereguleerde periode in de vorm van het rapporteringsmodel dat vastgesteld wordt door de commissie overeenkomstig § 5;

2° het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, wordt per drager en tegen ontvangstbevestiging in drie exemplaren overgezonden aan de commissie. De netbeheerder zendt eveneens een elektronische versie over op basis waarvan de commissie, indien nodig, het tariefvoorstel, vergezeld van budget, kan bewerken;

3° binnen een redelijke termijn na ontvangst van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, bevestigt de commissie aan de netbeheerder per brief per drager met ontvangstbevestiging, evenals per e-mail, de volledigheid van het dossier of bezorgt zij hem een lijst van bijkomende inlichtingen die het moet verstrekken. Binnen een redelijke termijn, na ontvangst van de hierboven bedoelde brief waarin hem bijkomende inlichtingen werden gevraagd, verstrekt de netbeheerder aan de commissie in drie exemplaren per brief per drager met ontvangstbevestiging deze inlichtingen. De netbeheerder bezorgt eveneens een elektronische versie van de antwoorden en bijkomende gegevens aan de commissie;

4° binnen een redelijke termijn na ontvangst van het tariefvoorstel bedoeld in 2° of, in voorkomend geval, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de antwoorden en de bijkomende inlichtingen van de netbeheerder, bedoeld in 3°, brengt de commissie de netbeheerder per brief per drager en tegen ontvangstbevestiging op de hoogte van haar beslissing tot goedkeuring van zijn voorstel of van haar ontwerp van beslissing tot weigering van het betrokken tariefvoorstel, vergezeld van het betrokken budget.

In haar ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, geeft de commissie op gemotiveerde wijze aan welke punten de netbeheerder moet aanpassen om een beslissing tot goedkeuring van de commissie te verkrijgen. De commissie heeft de bevoegdheid om aan de netbeheerder te vragen om zijn tariefvoorstel te wijzigen om ervoor te zorgen dat dit proportioneel is en op niet-discriminerende wijze wordt toegepast;

5° indien de commissie het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, van de netbeheerder afwijst in haar ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, kan de netbeheerder, binnen een redelijke termijn na de ontvangst van dit ontwerp van beslissing zijn bezwaren hieromtrent meedelen aan de commissie.

Deze bezwaren worden per drager en tegen ontvangstbevestiging overhandigd aan de commissie, alsook in elektronische vorm.

Op zijn verzoek wordt de netbeheerder, binnen een redelijke termijn na ontvangst van het ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, gehoord door de commissie.

Desgevallend, dient de netbeheerder, binnen een redelijke termijn na ontvangst van het ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, per drager en tegen ontvangstbevestiging in drie exemplaren, zijn aangepast tariefvoorstel, vergezeld van het budget, in bij de commissie. De netbeheerder bezorgt eveneens een elektronische kopie aan de commissie.

Binnen een redelijke termijn na verzending door de commissie van het ontwerp van de beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, of, in voorkomend geval, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de bezwaren en het aangepaste tariefvoorstel, vergezeld van het budget, brengt de commissie de netbeheerder per brief per drager en tegen ontvangstbevestiging, evenals elektronisch, op de hoogte van haar beslissing tot goedkeuring of weigering van het in voorkomend geval aangepaste tariefvoorstel, vergezeld van het budget.

6° indien de netbeheerder zijn verplichtingen niet nakomt binnen de termijnen zoals bepaald in de punten 1° tot 5°, of indien de commissie een beslissing heeft genomen tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, of van het aangepaste tariefvoorstel, vergezeld van het aangepaste budget, zijn voorlopige tarieven van kracht tot alle bezwaren van de netbeheerder of van de commissie zijn uitgeput of totdat over de twistpunten tussen de commissie en de netbeheerder een akkoord wordt bereikt. De commissie is bevoegd om te besluiten tot passende compenserende maatregelen na overleg met de netbeheerder indien de definitieve tarieven afwijken van de tijdelijke tarieven;

7° in geval van overgang naar nieuwe diensten en/of een aanpassing van bestaande diensten kan de netbeheerder binnen de geregleerde periode aan de commissie een geactualiseerd tariefvoorstel ter goedkeuring voorleggen. Dit geactualiseerd tariefvoorstel houdt rekening met het door de commissie goedgekeurde tariefvoorstel, zonder de integriteit van de bestaande tariefstructuur te wijzigen.

Het geactualiseerde voorstel wordt ingediend door de netbeheerder en door de commissie behandeld overeenkomstig de geldende procedure, bedoeld in de punten 1° tot 6°, met dien verstande dat de bedoelde termijnen gehalveerd worden;

8° indien er zich tijdens een geregleerde periode uitzonderlijke omstandigheden voordoen, onafhankelijk van de wil van de netbeheerder, kan deze op elk ogenblik binnen de geregleerde periode een gemotiveerde vraag tot herziening van zijn tariefvoorstel ter goedkeuring voorleggen aan de commissie voor wat de komende jaren van de geregleerde periode betreft.

De gemotiveerde vraag tot herziening van het tariefvoorstel wordt door de netbeheerder ingediend en door de commissie behandeld overeenkomstig de toepasselijke procedure bedoeld in de voorafgaande punten 1° tot 6°, met dien verstande dat de bedoelde termijnen gehalveerd worden;

9° de commissie past, onverminderd haar mogelijkheid om de kosten te controleren in het licht van de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, het niveau van de door de netbeheerder toegepaste toeslagen aan alle wijzigingen van openbare dienstverplichtingen aan, met name gewestelijke, die op hem van toepassing zijn binnen de drie maanden na het verzenden door de netbeheerder van dergelijke wijzigingen. De netbeheerder zendt deze wijzigingen zo spoedig mogelijk over aan de commissie zodra ze in werking zijn getreden;

10° de commissie publiceert op haar website, op een transparante wijze, de stand van zaken van de goedkeuringsprocedure van de tariefvoorstellen evenals, in voorkomend geval, de tariefvoorstellen die neergelegd worden door de netbeheerders ».

Artikel 12bis, §§ 7 en 8, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.30.3. De bestreden bepalingen passen in het perspectief van artikel 37, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG en van de « beginselen van betere regelgeving » waarnaar reeds is verwezen. Geen enkele van de voorschriften ervan doet afbreuk aan de beslissingsbevoegdheid van de CREG; de voorwaarden inzake termijn en motivering waarin

zij voorzien in de procedure voor de goedkeuring van de tarieven, vormen de uiting van een beginsel van behoorlijk bestuur en kunnen het nemen van adequate beslissingen bevorderen. Die moeten worden genomen met inaanmerkingneming van, met name, de kosten die de netbeheerders dragen, zoals wordt aangegeven in overweging 36 van de richtlijn 2009/72/EG. Een dergelijke vereiste veronderstelt dat de beheerder beschikt over redelijke termijnen teneinde die te kunnen evalueren.

B.30.4. De artikelen 12, § 8, 6°, en 12bis, § 8, 6°, van de Elektriciteitswet bepalen weliswaar de gevallen waarin de voorlopige tarieven zullen worden toegepast en de duur van de toepassing ervan in bewoordingen die nauwkeuriger zijn dan die van artikel 37, lid 10, van de richtlijn 2009/72/EG, dat bepaalt :

« Artikel 37 - Taken en bevoegdheden van de regulerende instantie

[...]

10. [...] In geval van vertraging bij de vaststelling van transmissie- en distributietarieven hebben de regulerende instanties de bevoegdheid om transmissie- en distributietarieven en de berekeningswijzen hiervan voorlopig vast te stellen of goed te keuren en een besluit te nemen over passende compensatiemaatregelen indien de definitieve transmissie- en distributietarieven of berekeningswijzen afwijken van deze voorlopige tarieven of berekeningswijzen ».

Er kan evenwel worden aanvaard dat de wetgever, na procedures voor de totstandkoming van de tarieven en het minimale overleg in de bestreden bepalingen te hebben ingevoerd, in het licht daarvan de « [gevallen] van vertraging bij de vaststelling van [...] tarieven » bedoeld in artikel 37, lid 10, en de toepassingsduur van de voorlopige tarieven kon preciseren : aangezien die procedures de vaststelling van de tarieven binnen redelijke termijnen kunnen waarborgen, vermocht de wetgever zich ertoe te beperken alleen te voorzien in de toepassing van voorlopige tarieven tot de toepassing van definitieve tarieven.

B.30.5. Het argument van de Ministerraad volgens hetwelk de verzoekende partij niet zou doen blijken van een belang bij het middel wanneer zij de bestreden bepalingen verwijt alleen te voorzien in een overleg tussen de CREG en de netbeheerders, dient om dezelfde motieven als die welke zijn vermeld in B.27.5, te worden verworpen.

Inhoudelijk is het argument van de verzoekende partij evenmin gegrond, aangezien, zoals eveneens in B.27.5 is aangegeven, de rechten van de consumenten en van de netgebruikers worden beschermd door de CREG.

B.30.6. Het vierde subonderdeel van het tweede onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.30.7. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.31.1. In een tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, §§ 5 en 14, en 12bis, §§ 5 en 14, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 1, 4 en 6, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre de bestreden bepalingen de CREG ertoe zouden verplichten « richtsnoeren » na te leven.

B.31.2. Artikel 12, §§ 5 en 14, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 5. De commissie stelt de tariefmethodologie op met inachtneming van volgende richtsnoeren :

1° de tariefmethodologie moet exhaustief en transparant zijn, teneinde het de netbeheerder mogelijk te maken om zijn tariefvoorstel op deze enkele basis op te stellen. Het bevat de elementen die verplicht moeten voorkomen in het tariefvoorstel. Het definieert rapporteringsmodellen die moeten worden gebruikt door de netbeheerder;

2° de tariefmethodologie moet toelaten om het geheel van de kosten op efficiënte wijze te dekken die noodzakelijk of efficiënte zijn voor de uitvoering van de wettelijke of reglementaire verplichtingen die op de netbeheerder rusten alsook voor de uitoefening van zijn activiteit van beheer van het transmissienet of netten met een transmissiefunctie;

3° de tariefmethodologie stelt het aantal jaren van de gereguleerde periode vast dat aanvangt op 1 januari. De jaarlijkse tarieven die hieruit voortvloeien worden bepaald bij toepassing van de voor die periode toepasselijke tariefmethodologie;

4° de tariefmethodologie maakt de evenwichtige ontwikkeling mogelijk van het transmissienet en de netten met een transmissiefunctie, in overeenstemming met het ontwikkelingsplan van de netbeheerder bedoeld in artikel 13 en de investeringsplannen zoals in voorkomend geval goedgekeurd door de bevoegde overheden;

5° de eventuele criteria voor de verwerping van bepaalde kosten zijn niet-discriminerend en transparant;

6° de tarieven zijn niet-discriminerend en proportioneel. Zij respecteren een transparante toewijzing van de kosten;

7° de structuur van de tarieven bevordert het rationeel gebruik van energie en infrastructuren;

8° de verschillende tarieven zijn uniform op het grondgebied dat door het net van de netbeheerder bediend wordt;

9° de normale vergoeding van in de gereguleerde activa geïnvesteerde kapitalen moet de netbeheerder in staat stellen om de noodzakelijke investeringen voor de uitoefening van zijn opdrachten te verwezenlijken.

In geval van onderscheid in behandeling van de kapitalen of van de duur van de afschrijvingen tussen de netbeheerders, wordt het onderscheid naar behoren gemotiveerd door de commissie;

10° de compensatiediensten van de onevenwichten van de Belgische regelzone worden op de meest kostefficiënte wijze verzekerd en leveren aan de gebruikers van het net geëigende stimuli opdat zij hun injectie en hun afname in evenwicht brengen. De met deze diensten verbonden tarieven zijn billijk, niet discriminerend en gebaseerd op objectieve criteria;

11° de netto kosten voor de openbare dienstverplichtingen die worden opgelegd door deze wet, het decreet of de ordonnantie en hun uitvoeringsbesluiten, worden verrekend in de tarieven op een transparante en niet-discriminerende wijze, conform de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen;

12° de belastingen, alsook de taksen en bijdragen van alle aard en de toeslagen die worden opgelegd door deze wet en haar uitvoeringsbesluiten, het decreet of de ordonnantie en hun uitvoeringsbesluiten, worden toegevoegd aan de tarieven op transparante en niet-discriminerende wijze, rekening houdend met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen;

13° de aankopen van goederen en diensten die verricht worden met inachtneming van de wetgeving inzake overheidsopdrachten worden verondersteld te zijn verricht aan de marktprijs, onder voorbehoud van, desgevallend, de beoordelingsbevoegdheid van de commissie en zonder afbreuk te doen, wat de ondersteunende diensten betreft, aan de bepalingen van artikel 12*quinquies*;

14° de methodologie bepaalt de nadere regels voor de integratie en controle van de gestrande kosten bestaande uit de niet-gekapitaliseerde lasten voor het aanvullend pensioen of het pensioen van de publieke sector, die worden betaald aan personeelsleden die een gereguleerde elektriciteitstransmissieactiviteit of voor elektriciteitstransmissie bedoelde activiteit hebben verricht, die verschuldigd zijn voor de jaren vóór de liberalisering krachtens statuten, collectieve arbeidsovereenkomsten of andere voldoende geformaliseerde overeenkomsten, die werden goedgekeurd vóór 30 april 1999, of die worden betaald aan hun rechthebbenden of vergoed aan hun werkgever door een netbeheerder, die in de tarieven kunnen worden opgenomen;

15° de saldi alsook hun verdeling over de volgende gereguleerde periodes worden bepaald op transparante en niet-discriminerende wijze;

16° er wordt rekening gehouden met de bestaande objectieve verschillen tussen transmissienetbeheerders die niet kunnen worden weggewerkt op initiatief van de netbeheerder.

Iedere beslissing die gebruik maakt van vergelijkende technieken integreert kwalitatieve parameters en is gebaseerd op homogene, transparante, betrouwbare gegevens en gegevens die gepubliceerd zijn of integraal mededeelbaar zijn in de motivering van de beslissing van de commissie.

Het redelijk karakter van de kosten wordt beoordeeld door vergelijking met de overeenstemmende kosten van bedrijven die een vergelijkbare activiteit hebben onder vergelijkbare omstandigheden en rekening houdend met de reglementaire of gereguleerde specificiteit die bestaan onder andere in de uitgevoerde internationale vergelijkingen;

17° de tarieven voor het gebruik van het transmissienet of voor de netten met een transmissiefunctie, die van toepassing zijn op productie-eenheden, kunnen verschillen naar gelang van de technologie van deze eenheden en van de datum van de ingebruikname ervan. Deze tarieven worden bepaald rekening houdend met ieder criterium dat door de commissie relevant wordt geacht, zoals een benchmarking met de buurlanden, teneinde 's lands bevoorradingszekerheid door een daling van de concurrentiekracht van de betrokken productie-eenheden niet in het gedrang te brengen. In het tariefvoorstel vergezeld van het budget bedoeld in § 8, motiveert de netbeheerder deze verschillen;

18° de productiviteitsinspanningen die eventueel aan de netbeheerder worden opgelegd, mogen op lange of op korte termijn de veiligheid van personen en goederen noch de continuïteit van de levering in het gedrang brengen;

19° de kruissubsidiëring tussen gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten is niet toegelaten;

20° de tarieven moedigen de netbeheerder aan om de prestaties te verbeteren, de integratie van de markt en de bevoorradingszekerheid te bevorderen alsook aan onderzoek en ontwikkeling te doen die nodig zijn voor zijn activiteiten;

21° de tarieven voor noodelektriciteit voor de kwalitatieve warmtekrachtkoppelinginstallaties die op het transmissienet of op netten met een transmissiefunctie aangesloten zijn, worden opgenomen bij de tarieven voor de ondersteunende diensten. Deze tarieven zijn voornamelijk afhankelijk van het elektriciteitsverbruik voor de nood- en onderhoudsbehoeften van de warmtekrachtkoppelinginstallaties;

22° wat de uitbreidingen van installaties of nieuwe installaties voor de transmissie van elektriciteit erkend als zijnde van nationaal of Europees belang betreft, kan de tariefmethodologie bedoeld in § 2 specifieke bepalingen voorzien inzake vergoeding van de kapitalen die noodzakelijk zijn voor de financiering ervan, die gunstiger zijn dan de normale

vergoeding van de kapitalen bedoeld in § 5, 9°, alsook specifieke bepalingen inzake de dekking van de kosten teneinde hun realisatie te bevorderen en teneinde hun ontwikkeling op lange termijn mogelijk te maken.

Worden erkend als van nationaal of Europees belang, de investeringen gerealiseerd door de netbeheerder die bijdragen tot 's lands bevoorradingszekerheid en/of de optimalisatie van de werking van grensoverschrijdende interconnecties met in voorkomend geval faseverdraaiende transformatoren en die alzo de ontwikkeling vergemakkelijken van de nationale en Europese interne markt of die bijdragen tot de nationale opvang van productie op basis van hernieuwbare energiebronnen die ofwel rechtstreeks zijn aangesloten op het transmissienet ofwel onrechtstreeks via de distributienetten. De investeringen van nationaal of Europees belang betreffen de installaties die :

- bestaande verbindingen versterken of nieuwe verbindingen creëren van het net beheerd door de netbeheerder met behulp van de technologie van gelijkstroom (DC);

- bestaande verbindingen versterken of nieuwe verbindingen creëren beheerd door de netbeheerder die zijn gelegen in mariene gebieden over dewelke België haar rechtsmacht uitoefent;

- bestaande grensoverschrijdende interconnectoren versterken of nieuwe grensoverschrijdende interconnectoren creëren of die voortkomen uit de uitbreiding van de capaciteit van deze interconnectoren;

23° de kosten bedoeld in de punten 11°, 12° en 14°, de financiële lasten, de kosten voor de ondersteunende diensten en de andere kosten dan deze bedoeld in § 2 (ii) worden niet onderworpen aan een bevorderende regelgeving;

24° de tarieven strekken ertoe een juist evenwicht te bieden tussen de kwaliteit van de gepresteerde diensten en de prijzen die door de eindafnemers worden gedragen.

De commissie kan de kosten van de netbeheerder toetsen aan de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen.

[...]

§ 14. Tegen de door de commissie vastgestelde tariefmethodologie alsook tegen de door haar genomen beslissingen betreffende de tariefvoorstellen in uitvoering van deze tariefmethodologie, kan een beroep worden ingesteld door elke persoon die een belang aantoonst bij het hof van beroep te Brussel met toepassing van artikel 29bis.

Zulk beroep kan onder andere worden ingesteld indien :

- de beslissing van de commissie de richtsnoeren bedoeld in dit artikel niet in acht neemt;
- de beslissing van de commissie niet in overeenstemming is met het algemene energiebeleid, zoals gedefinieerd in de Europese, federale en gewestelijke wet- en regelgeving;

- de beslissing van de commissie niet de noodzakelijke middelen waarborgt voor de realisatie van de investeringen van de netbeheerder en de instandhouding van de infrastructuur of de uitvoering van haar wettelijke opdracht ».

Artikel 12bis, §§ 5 en 14, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.31.3. Artikel 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG waarborgt de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instanties, maar maakt het de regeringen van de lidstaten mogelijk om, binnen de daarin bepaalde perken, « algemene beleidsrichtsnoeren » te definiëren.

Het bepaalt :

« Artikel 35 - Aanwijzing en onafhankelijkheid van regulerende instanties

[...]

4. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de regulerende instantie en zorgen ervoor dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Te dien einde waken de lidstaten erover dat de regulerende instantie, bij de uitvoering van de reguleringstaken die haar bij deze richtlijn en de aanverwante wetgeving zijn opgelegd :

a) juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit;

b) ervoor zorgt dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer :

i) onafhankelijk zijn van marktbelangen, en

ii) bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten ».

B.31.4. De memorie van toelichting van het wetsontwerp dat de bestreden wet is geworden, geeft het doel aan dat de wetgever nastreefde met de aanneming van de bepalingen betreffende de richtsnoeren :

« De door dit artikel voorziene algemene richtsnoeren [...] zijn gebaseerd op deze die voorzien zijn in andere Lidstaten van de Europese Unie, met name in Frankrijk en in Duitsland alsook op de ervaring van België ter zake sedert de vrijmaking van de

elektriciteitsmarkt. Zij houden rekening met de opmerkingen geformuleerd door de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies nr. 49.570/3 van 31 mei 2011 teneinde de volledige onafhankelijkheid van de CREG te garanderen.

Zij hebben met name tot doel om de dekking van het geheel van de kosten te waarborgen die noodzakelijk zijn voor de TNB voor het efficiënt beheer van zijn net alsook voor de evenwichtige ontwikkeling van dit net.

[...]

In lijn met het Derde Energiepakket alsook met richtlijn 2009/28/EG, beogen deze richtsnoeren eveneens om het rationeel energiegebruik alsook de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te promoten door de mogelijkheid van verschillende tarieven voor het gebruik van het transmissienet volgens de energiemix van de elektriciteitsproductie-installaties te voorzien. Richtlijn 2009/72/EG stelt aldus als een van de doelstellingen van de reguleringsautoriteit deze vast van ‘ de toegang van nieuwe productiecapaciteit tot het net vergemakkelijken, met name door de belemmeringen voor de toegang van nieuwkomers op de markt en van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen weg te nemen ’. Richtlijn 2009/28/EG verplicht eveneens de Lidstaten tot aanneming van maatregelen om de toegang tot en de aansluiting op elektriciteitsnetten van nieuwe productie-eenheden die gebruik maken van hernieuwbare energiebronnen te faciliteren. Voor de toepassing van verschillende tarieven wordt door de CREG rekening gehouden met ieder pertinent criterium, zoals het algemene energiebeleid alsook met alle heffingen of belastingen die in België reeds werden opgelegd aan de verschillende productie-eenheden.

Deze richtsnoeren begunstigen tevens de bescherming van de consumenten. De tarieven moeten aldus gericht zijn op het aanbieden van een juist evenwicht tussen de kwaliteit van de geleverde diensten en de prijzen gedragen door de eindgebruikers » (*Parl. St., Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 43-44*).

B.31.5.1. Er dient te worden nagegaan of de verschillende aspecten van de in de door de CREG bestreden bepalingen opgenomen richtsnoeren afbreuk doen aan haar bevoegdheden of aan haar onafhankelijkheid.

B.31.5.2. In zoverre zij bepalen dat de tariefmethodologie exhaustief en transparant moet zijn, sluiten de bestreden bepalingen aan bij de vereiste van transparantie geformuleerd in het voormelde artikel 35, lid 4, eerste alinea, eerste zin, van de richtlijn 2009/72/EG, dat vereist dat de tarieven worden vastgesteld volgens transparante criteria, en bij een beginsel van behoorlijk bestuur dat veronderstelt dat de netbeheerders hun tariefvoorstellen kunnen uitwerken terwijl zij beschikken over alle daartoe noodzakelijke elementen.

B.31.5.3. In zoverre zij bepalen dat de tariefmethodologie het mogelijk moet maken alle kosten van de beheerder te dekken, impliceren de bestreden bepalingen niet, in tegenstelling

tot wat de verzoekende partij aanvoert, dat de tarieven kosten dekken die niet noodzakelijk zouden zijn of geen kosten dekken die dat wel zouden zijn, aangezien die bepalingen de kosten beogen « die noodzakelijk [...] zijn voor de uitvoering van de wettelijke of reglementaire verplichtingen die op de netbeheerder rusten ». Zelfs los van het feit dat de artikelen 12, § 8, 8°, en 12bis, § 8, 8°, van de Elektriciteitswet het de beheerder mogelijk maken om aan de CREG een aanvraag tot herziening van haar tariefvoorstel voor te leggen « indien er zich [...] uitzonderlijke omstandigheden voordoen », waardoor rekening kan worden gehouden met kosten die noodzakelijk zouden blijken, staat het aan de CREG het noodzakelijke karakter van die kosten te beoordelen. Indien dat karakter vaststaat, dienen die kosten door de tarieven te worden gedekt.

B.31.5.4. In zoverre zij erin voorzien dat de tarieven rekening houden met de nettokosten van de bij de wetten en reglementen opgelegde opdrachten van openbare dienst, beletten de bestreden bepalingen de CREG niet om, in het licht van wat die opdrachten veronderstellen, na te gaan hoe de netbeheerders die kosten doorberekenen in hun tarieven; aangezien die opdrachten van openbare dienst door de gewesten kunnen worden gedefinieerd, kan de federale wetgever overigens niet worden verweten dat niet te hebben gedaan.

B.31.5.5. In zoverre zij erin voorzien dat de bij de wet en reglementen opgelegde belastingen, taksen, bijdragen en toeslagen aan de tarieven worden toegevoegd, beletten de bestreden bepalingen de CREG niet erover te waken dat de netbeheerders zich houden aan de bepalingen die die financiële lasten vaststellen; de begrippen belastingen, taksen, bijdragen en toeslagen in die bepalingen kunnen overigens niet als onduidelijk worden aangemerkt, aangezien de wetten en reglementen de financiële lasten bepalen waarmee rekening moet worden gehouden en de CREG overigens, zoals de Ministerraad vaststelt, ervaring heeft met die begrippen.

B.31.5.6. In zoverre zij erin voorzien dat de tariefmethodologie wordt vastgesteld door te veronderstellen dat de aankopen van goederen en diensten die verricht worden met inachtneming van de wetgeving inzake overheidsopdrachten aan de marktprijs zijn verricht, vormen de bestreden bepalingen geen tussenkomst van de wetgever in de tariefbevoegdheid van de CREG : aangezien het zowel aan de CREG als aan de netbeheerders staat rekening te houden met de wetgeving op de overheidsopdrachten en zich daaraan te houden, is het in de bestreden bepalingen opgenomen vermoeden verantwoord.

B.31.5.7. In zoverre zij erin voorzien dat de saldi en de verdeling ervan over de volgende gereguleerde periodes op transparante en niet-discriminerende wijze worden bepaald, zijn de bestreden bepalingen in overeenstemming met het hiervoor aangehaalde transparantievereiste : zij beperken zich ertoe aan te geven hoe de eventuele saldi moeten worden bepaald; zij houden geenszins in dat de saldi noodzakelijkerwijs worden verdeeld over de volgende gereguleerde periodes en beletten de CREG niet haar bevoegdheid ten aanzien van de eventuele verdeling ervan uit te oefenen.

B.31.5.8. In zoverre zij erin voorzien dat de technieken voor de vergelijking van de netbeheerders waarvan de CREG gebruik maakt om haar beslissingen te nemen, « kwalitatieve parameters » omvatten en steunen op homogene, transparante, betrouwbare en in de motivering van die beslissingen vermelde gegevens, sluiten de bestreden bepalingen aan bij artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG en bij bijlage I ervan, die vereist dat de consument met name beschikt over kwalitatieve diensten en homogene, transparante, betrouwbare en bekendgemaakte gegevens; de bestreden bepalingen beperken de keuze van de door de CREG gebruikte parameters niet, en de gegevens die zij op grond van artikel 38 van de voormelde richtlijn kan verkrijgen, kunnen voor haar noodzakelijke vergelijkende kwalitatieve gegevens zijn. In zoverre zij vereisen dat de vergelijkingen gebeuren onder bedrijven met een soortgelijke activiteit onder vergelijkbare omstandigheden, steunen de bestreden bepalingen evenzo op het hiervoor vermelde vereiste van homogeniteit, waarbij de vergelijking van situaties die niet met elkaar vergelijkbaar zijn, niet verantwoord is. De grieven in verband met de invorderingen door de distributienetbeheerders van de kosten met betrekking tot de opdrachten van openbare dienst en de belastingen, taksen, bijdragen en toeslagen en de grieven in verband met de stimulerende regelgevingen dienen ten slotte op dezelfde wijze te worden beantwoord als in B.27.6, B.31.5.4 en B.31.5.5.

B.31.5.9. In zoverre zij ten slotte erin voorzien dat de tarieven voor noodelektriciteit worden opgenomen bij de tarieven voor de ondersteunende diensten, doen de bestreden bepalingen geen afbreuk aan de bevoegdheden van de CREG : de opname van de tarieven voor noodelektriciteit van de installaties op basis van hernieuwbare energiebronnen en warmtekrachtkoppeling in de tariefmethodologie vormt immers een stimulans voor de bevordering van de hernieuwbare energiebronnen overeenkomstig de richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 « ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van

Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG », waarvan de overwegingen 22 en 27 bepalen :

« (22) Om de doelstellingen van deze richtlijn te kunnen verwezenlijken, dienen de Gemeenschap en de lidstaten aanzienlijke financiële middelen uit te trekken voor onderzoek en ontwikkeling op het gebied van technologieën voor energie uit hernieuwbare bronnen. Het Europees Instituut voor innovatie en technologie dient met name hoge prioriteit te geven aan het onderzoek en de ontwikkeling van technologieën op het gebied van energie uit hernieuwbare bronnen.

[...]

(27) Overheidssteun is nodig om de doelstellingen van de Gemeenschap in verband met de uitbreiding van de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te verwezenlijken, vooral zolang de elektriciteitsprijzen op de interne markt niet de volledige milieu- en sociale kosten en voordelen van de gebruikte energiebronnen weerspiegelen ».

Hoewel het juist is dat, zoals de verzoekende partij aangeeft, de installaties voor warmtekrachtkoppeling niet uitdrukkelijk worden beoogd door de voormelde richtlijn 2009/28/EG, is die energie, zoals de Ministerraad aangeeft, wanneer zij wordt geproduceerd met behulp van hernieuwbare energiebronnen, hernieuwbare energie in de zin van artikel 2, onder a), van die richtlijn.

B.31.6. Het tweede onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.31.7. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

Derde onderdeel

B.32.1. In een eerste subonderdeel van het derde onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 4, tweede lid, en 12bis, § 4, tweede lid, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, 4, 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre de bestreden bepalingen voorzien in de onveranderlijkheid van de tariefmethodologieën tijdens de gereguleerde periode en in zoverre, behoudens de instemming van de netbeheerders, de in de methodologie aangebrachte wijzigingen alleen van toepassing kunnen zijn vanaf de volgende tariefperiode.

B.32.2. Artikel 12, § 4, tweede lid, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« Deze tariefmethodologie blijft van toepassing gedurende de hele tariefperiode, met inbegrip van de eindbalans die betrekking heeft op deze periode. Wijzigingen aangebracht tijdens de periode aan de tariefmethodologie, conform de bepalingen van § 2, zijn slechts van toepassing vanaf de volgende tariefperiode, behoudens uitdrukkelijk transparant en niet-discriminerend akkoord tussen de commissie en de netbeheerder ».

Artikel 12bis, § 4, tweede lid, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.32.3. Uit artikel 37, leden 6 en 8, van de richtlijn 2009/72/EG vloeit voort dat de nationale regulerende instanties ertoe gehouden zijn, enerzijds, te voorzien in stimulerende maatregelen op lange termijn om de netbeheerders met name ertoe aan te moedigen de prestaties en de voorzieningszekerheid te verbeteren en, anderzijds, de tariefmethodologieën voldoende op voorhand vóór de inwerkingtreding ervan te bepalen. Die bepalingen impliceren dat de netbeheerders moeten kunnen overgaan tot langetermijninvesteringen en derhalve de zekerheid moeten hebben over een bepaalde stabiliteit of voorzienbaarheid van de prijzen en van de tariefmethodologieën. Die vereiste van voorzienbaarheid, reeds aanwezig in 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 - Verklaringen met betrekking tot ontmantelings- en afvalbeheeractiviteiten » (artikel 23, lid 2), verantwoordt de onveranderlijkheid van de tarieven tijdens de gereguleerde periode en die onveranderlijkheid kan zelfs de consument beschermen overeenkomstig artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG. Zij vormt geen onevenredige maatregel, aangezien het nieuwe artikel 12, § 8, 9°, van de Elektriciteitswet het mogelijk maakt de tariefmethodologie tijdens de gereguleerde periode aan te passen teneinde rekening te houden met nieuwe openbaardienstverplichtingen of op verzoek van de netbeheerders, wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen of nieuwe diensten worden aangeboden of de bestaande diensten worden gewijzigd.

B.32.4. Het akkoord van de netbeheerders waarvan de toepassing van een wijziging van de tariefmethodologieën tijdens de gereguleerde periode afhankelijk is, kan aan hen geen voorrecht geven dat discriminerend zou zijn ten opzichte van de netgebruikers en de

consumenten, daar die laatstgenoemden niet gebonden zijn aan de investeringsvereisten en de voorzieningszekerheid waaraan de netbeheerders gebonden zijn.

B.32.5. Het eerste subonderdeel van het derde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.32.6. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.33.1. In een tweede subonderdeel van het derde onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 9, en 12*bis*, § 9, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, 4, 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre zij de onveranderlijkheid van de tarieven zouden opleggen, alsook de verplichting om de continuïteit van de tarieven te verzekeren tijdens de volgende gereguleerde periodes.

B.33.2. Artikel 12, § 9, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 9. De commissie stelt een tariefmethodologie op en oefent haar tariefbevoegdheid uit om aldus een stabiele en voorzienbare regulering te bevorderen die bijdraagt tot de goede werking van de vrijgemaakte markt en die de financiële markt in staat stelt om met een redelijke zekerheid de waarde van de netbeheerder te bepalen. Ze waakt over het behoud van de continuïteit van de beslissingen die zij heeft genomen in de loop van de voorgaande gereguleerde periodes, onder andere inzake de waardering van de gereguleerde activa ».

Artikel 12*bis*, § 9, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.33.3. De grief is niet gegrond om de in B.32.3 en B.32.4 aangegeven redenen.

B.33.4. Het tweede subonderdeel van het derde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.33.5. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.34.1. In een derde subonderdeel van het derde onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 21 van de bestreden wet, dat artikel 13, § 3, van de Elektriciteitswet aanvult, in strijd te

zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, lid 6, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre het de minister mogelijk maakt een herziening van de tariefmethodologieën aan te vragen.

B.34.2. Artikel 13, § 3, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 3. Indien de commissie, na raadpleging van de netbeheerder, vaststelt dat de investeringen voorzien in het ontwikkelingsplan de netbeheerder niet in de mogelijkheid stellen om op een adequate en doeltreffende wijze aan de capaciteitsbehoeften te voldoen, kan de minister de netbeheerder verplichten om het ontwikkelingsplan aan te passen teneinde aan deze situatie te verhelpen binnen een redelijke termijn. Deze aanpassing gebeurt overeenkomstig de procedure bepaald in § 1, eerste lid.

De minister kan bovendien aan de commissie vragen om zich uit te spreken over de noodzaak om al dan niet de met toepassing van artikel 12 vastgestelde tariefmethodologieën om de financieringsmiddelen van de overwogen investeringen te waarborgen te herzien ».

B.34.3. De bevoegdheid waarover de minister beschikt krachtens de bestreden bepaling, is hem toegekend teneinde de financiering van de aangeane investeringen te verzekeren; in de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat de betrokken investeringen de investeringen zijn die de netbeheerder realiseert om de voorzieningszekerheid van het land te waarborgen :

« Teneinde toe te laten aan de TNB om zijn ontwikkelingsplan te realiseren en in het bijzonder het geheel van noodzakelijke investeringen om de bevoorradingszekerheid van elektriciteit te kunnen garanderen, voorziet dit artikel, in de lijn van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, in de mogelijkheid van de minister die energie onder zijn bevoegdheid heeft om aan de CREG te vragen zich uit te spreken over de noodzakelijkheid om de methodologie die zij vaststelt op het gebied van tarifiering, teneinde de financiering van deze investeringen te verzekeren.

Het past, bij de lezing van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, op te merken dat deze bepaling het gevolg is van een samenkomen van de bevoegdheden van de regering en van de CREG : de eerste treedt op basis van zijn bevoegdheden inzake bevoorradingszekerheid op en de tweede is bevoegd inzake tarieven. Deze bepaling garandeert, verre van het aantasten van de onafhankelijkheid van de CREG, het optreden van de minister tot wiens bevoegdheden energie behoort voor de bevoorradingszekerheid waarbij ten volle de bevoegdheden van de CREG gerespecteerd worden » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 49).

Daar het monitoren van de voorzieningszekerheid ressorteert onder de lidstaten krachtens artikel 3, lid 1, van de richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de

infrastructuurinvesteringen te waarborgen en artikel 4 van de richtlijn 2009/72/EG, en rekening houdend met de overwegingen 5 en 25 van de voormelde richtlijn 2009/72/EG, heeft de wetgever geen onverantwoorde maatregel genomen door de minister toe te staan op zodanige wijze te handelen dat die zekerheid wordt gewaarborgd.

B.34.4. Het derde subonderdeel van het derde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.34.5. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

B.35.1. In een vierde subonderdeel van het derde onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 8, 7°, 8° en 9°, en 12bis, § 8, 7°, 8° en 9°, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 1, 4, onder a), 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre die bestreden bepalingen het de netbeheerders mogelijk maken aan de CREG een voorstel te richten tot wijziging van de tarieven gedurende de gereguleerde periode, hetgeen afbreuk zou doen aan de bevoegdheden en aan de beslissingsbevoegdheid van de CREG.

B.35.2. Artikel 12, § 8, 7°, 8° en 9°, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 8. De invoerings- en goedkeuringsprocedure voor de tariefvoorstellen maakt het voorwerp uit van een akkoord tussen de commissie en de netbeheerder. Bij gebrek aan een akkoord, is de procedure de volgende :

[...]

7° in geval van overgang naar nieuwe diensten en/of een aanpassing van bestaande diensten kan de netbeheerder binnen de gereguleerde periode aan de commissie een geactualiseerd tariefvoorstel ter goedkeuring voorleggen. Dit geactualiseerd tariefvoorstel houdt rekening met het door de commissie goedgekeurde tariefvoorstel, zonder de integriteit van de bestaande tariefstructuur te wijzigen.

Het geactualiseerde voorstel wordt ingediend door de netbeheerder en door de commissie behandeld overeenkomstig de geldende procedure, bedoeld in de punten 1° tot 6°, met dien verstande dat de bedoelde termijnen gehalveerd worden;

8° indien er zich tijdens een gereguleerde periode uitzonderlijke omstandigheden voordoen, onafhankelijk van de wil van de netbeheerder, kan deze op elk ogenblik binnen de gereguleerde periode een gemotiveerde vraag tot herziening van zijn tariefvoorstel ter

goedkeuring voorleggen aan de commissie voor wat de komende jaren van de gereguleerde periode betreft.

De gemotiveerde vraag tot herziening van het tariefvoorstel wordt door de netbeheerder ingediend en door de commissie behandeld overeenkomstig de toepasselijke procedure bedoeld in de voorafgaande punten 1° tot 6°, met dien verstande dat de bedoelde termijnen gehalveerd worden;

9° de commissie past, onverminderd haar mogelijkheid om de kosten te controleren in het licht van de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, het niveau van de door de netbeheerder toegepaste toeslagen aan alle wijzigingen van openbare dienstverplichtingen aan, met name gewestelijke, die op hem van toepassing zijn binnen de drie maanden na het verzenden door de netbeheerder van dergelijke wijzigingen. De netbeheerder zendt deze wijzigingen zo spoedig mogelijk over aan de commissie zodra ze in werking zijn getreden ».

Artikel 12bis, § 8, 7°, 8° en 9°, is, *mutatis mutandis*, identiek.

B.35.3. Uit de voormelde artikelen 12, § 8, 7°, 8° en 9°, en 12bis, § 8, 7°, 8° en 9°, blijkt dat de omstandigheden waarin de netbeheerder een herziening van de tarieven tijdens de tariefperiode kan aanvragen, beperkt zijn tot de hypothese van de invoering van nieuwe diensten of de aanpassing van bestaande diensten en tot de hypothese van uitzonderlijke omstandigheden. Een dergelijke mogelijkheid, verantwoord door de noodzaak om het de beheerder mogelijk te maken de in B.32.3 beoogde investeringen te financieren die hij doet met het oog op de verbetering van de prestaties en de voorzieningszekerheid, doet geen afbreuk aan de bevoegdheden van de CREG, aangezien zij haar bevoegdheid inzake de eindbeslissing behoudt.

B.35.4. De bij de artikelen 12, § 8, 9°, en 12bis, § 8, 9°, aan de CREG opgelegde verplichting om de tarieven aan te passen volgens de opdrachten van openbare dienst vloeit harerzijds voort uit het feit dat zij, krachtens artikel 36, onder h), van de richtlijn 2009/72/EG, ertoe gehouden is maatregelen te nemen teneinde een hoog niveau van universele en openbare dienstverlening te verzekeren.

B.35.5. Ten slotte kan het gegeven dat een herzieningsaanvraag alleen kan worden ingediend door de netbeheerders, met uitsluiting van de consumenten en de gebruikers, het discriminerende karakter van de bestreden maatregel niet aantonen, om de reeds in B.32.4 aangegeven redenen.

B.35.6. Het vierde subonderdeel van het derde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.35.7. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

Vierde onderdeel

B.36.1. In een vierde onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 14, en 12bis, § 14, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 1 en 4, en 37, leden 2, eerste alinea, 6 en 17, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre de bestreden bepalingen het mogelijk maken tegen de beslissingen van de CREG beroepen in te stellen voor jurisdictionele organen die de discretionaire beoordelingen van de onafhankelijke overheid die de CREG is, ter discussie kunnen stellen, hetgeen afbreuk zou doen aan het beginsel van de scheiding der machten.

B.36.2. Artikel 12, § 14, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 14. Tegen de door de commissie vastgestelde tariefmethodologie alsook tegen de door haar genomen beslissingen betreffende de tariefvoorstellen in uitvoering van deze tariefmethodologie, kan een beroep worden ingesteld door elke persoon die een belang aantoonst bij het hof van beroep te Brussel met toepassing van artikel 29bis.

Zulk beroep kan onder andere worden ingesteld indien :

- de beslissing van de commissie de richtsnoeren bedoeld in dit artikel niet in acht neemt;
- de beslissing van de commissie niet in overeenstemming is met het algemene energiebeleid, zoals gedefinieerd in de Europese, federale en gewestelijke wet- en regelgeving;
- de beslissing van de commissie niet de noodzakelijke middelen waarborgt voor de realisatie van de investeringen van de netbeheerder en de instandhouding van de infrastructuur of de uitvoering van haar wettelijke opdracht ».

Artikel 12bis, § 14, heeft dezelfde draagwijdte.

B.36.3. Die bepalingen dienen te worden gelezen in samenhang met artikel 29bis van dezelfde wet, dat niet is gewijzigd en dat bepaalt :

« § 1. Elke persoon die een belang aantoonst kan bij het hof van beroep te Brussel, zetelend zoals in kort geding, een beroep instellen tegen alle beslissingen van de commissie, waaronder die welke hierna worden opgesomd :

[...]

§ 2. De grond van de zaak wordt voorgelegd aan het hof van beroep van Brussel dat uitspraak doet met volle rechtsmacht ».

B.36.4. De bevoegdheid met volle rechtsmacht waarover het Hof van Beroep te Brussel beschikt om uitspraak te doen over de beroepen waarin de bestreden bepalingen voorzien, maakt het dat Hof van Beroep niet mogelijk zich te begeven op het terrein van de opportuniteit, wat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges.

Zij maakt het dat Hof daarentegen mogelijk de beslissingen van de CREG te vernietigen en te herzien, uitspraak te doen over de grond van het geschil door de externe en interne wettigheid van die beslissingen na te gaan en door te onderzoeken of die in feite gegrond zijn, uitgaan van correcte juridische kwalificaties en niet kennelijk onevenredig zijn in het licht van de aan de CREG voorgelegde elementen.

De uitoefening van een dergelijke controle tast het beginsel van de scheiding der machten niet aan.

B.36.5. De onafhankelijkheid van de CREG wordt evenmin bedreigd door de bestreden bepalingen, aangezien de richtlijn 2009/72/EG, krachtens welke de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instanties wordt gewaarborgd, zelf erin voorziet dat hun beslissingen het voorwerp kunnen uitmaken van een « beroep [...] bij een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en van regeringen » door de benadeelde partijen (artikel 37, lid 17). Overweging 34 geeft in dat verband aan :

« Om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit. [...] ».

B.36.6. De CREG voert ten onrechte aan dat de bestreden bepalingen discriminaties onder de rechtzoekenden zouden teweegbrengen naar gelang van de voordelen die zij halen uit haar beslissingen en hun hoedanigheid. De beroepen staan, krachtens die bepalingen, immers open voor « elke persoon die een belang aantoonst » en het staat aan de rechter na te gaan of dat belang al dan niet aangetoond is. Er kan evenmin sprake zijn van discriminatie onder rechtzoekenden naargelang zij zijn onderworpen aan een beroepsregeling die al dan niet voldoet aan het beginsel van de scheiding der machten, aangezien in B.36.4 is aangetoond dat de bij de bestreden wet bepaalde regeling daarmee in overeenstemming is.

B.36.7. Het vierde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.36.8. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

Vijfde onderdeel

B.37.1. In een vijfde onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 4, 6°, van de bestreden wet, dat artikel 4, § 5, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd te zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, eerste alinea, en 6, onder a) en b), van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre de bestreden bepalingen voorzien in een steunmechanisme voor de nieuwkomers dat afbreuk zou doen aan haar tariefbevoegdheid en aan het beginsel van niet-retroactiviteit en dat discriminerend zou zijn.

B.37.2. Artikel 4, § 5, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« Voor de nieuwe productie-installaties waarvan de productievergunninghouder in het voorgaande jaar, alleen of met de installaties van vennootschappen die met hem zijn verbonden, niet meer dan 5 % van de totale productie in de Belgische regelzone heeft geproduceerd, en voor zover zij niet vallen onder het toepassingsgebied van artikel 7 of van gelijkwaardige gewestelijke mechanismes voor de elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen of kwalitatieve warmtekrachtkoppeling, is de prijs voor de compensatie van kwartuurne-evenwichten kleiner dan 125 MWh, gebaseerd op de benoemingen, gelijk aan de marktreferentieprijs, waarop een correctiefactor wordt toegepast voor de eerste vijfenzeventig dagen van injectie op het net zoals geprogrammeerd door de houder van de productievergunning en genomineerd aan de netbeheerder. Deze correctiefactor wordt vastgesteld door de commissie bij toepassing van artikel 12 teneinde de nieuwe installaties bedoeld in dit lid te bevorderen. Bij wijze van overgangsmaatregel, totdat de commissie voornoemde correctiefactor vaststelt, stemt deze laatste factor overeen met de minimale

tarifaire boete zoals vastgesteld door de commissie bij toepassing van artikel 12. Voor 2011 zal deze maatregel uitwerking hebben ongeacht de datum van de eerste injectie van de nieuwe productie-installatie op het net gedurende dit jaar ».

B.37.3. De doelstellingen van die bepaling zijn in de parlementaire voorbereiding als volgt voorgesteld :

« De bedoeling van deze maatregel is dus tweeledig :

- tegemoet komen aan de bedreigingen die wegen op de bevoorradingszekerheid;
- versterking van de concurrentie op de Belgische elektriciteitsmarkt door meer flexibiliteit te bieden aan nieuwkomers gedurende de proefperiode van hun nieuwe productie-eenheden » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/003, p. 7);

« Wat de bevoorradingszekerheid betreft, wordt het risico van de ontoereikende productiecapaciteit in België algemeen erkend. Dit werd reeds in 2007 aan de kaak gesteld in een studie van de CREG (F)070927-CDC-715 over de ontoereikende productiecapaciteit van elektriciteit in België (studie van de CREG (F)070927-CDC-715 van 27 september 2007 over 'de ontoereikende productiecapaciteit van elektriciteit in België', hierna 'studie van de CREG over de ontoereikende productiecapaciteit van elektriciteit').

Deze studie wijst op het risico van de ontoereikende productiecapaciteit van België die de goede werking van de interne markt kan schaden en op de noodzaak om de nodige middelen te bepalen om de afstemming tussen elektriciteitsaanbod en -vraag in België voor de komende jaren te verzekeren.

Ook het eindverslag van de Groep GEMIX (eindverslag van 30 september 2009 genaamd 'Welke is de ideale energiemix voor België tegen 2020 en 2030?', www.economie.fgov.be) benadrukt de belangrijke risico's van de ontoereikende productiecapaciteit van België en de afhankelijkheid ten opzichte van invoer van elektriciteit uit buurlanden (pp. 12, 41 en 43).

Teneinde de risico's voor de bevoorradingszekerheid inzake elektriciteit in België te voorkomen, bleken nieuwe productieinstallaties onontbeerlijk. Er moet echter worden vastgesteld dat onze markt niet erg aantrekkelijk is voor de vestiging van nieuwe productie-eenheden: de aansluiting van dergelijke installaties op het elektriciteitsnet is bijzonder kostelijk. De risico's op onevenwicht met betrekking tot de nominaties zijn eveneens ontmoedigend: dergelijke onevenwichten worden bestraft met balancingtarieven die erg hoog zijn. De nieuwe productie-eenheden zijn echter verplicht om bij wijze van proef te injecteren op het net vóór de volledige industriële indienstname. Tijdens deze proefperiode, zijn de nieuwe productie-eenheden over het algemeen in onevenwicht ten opzichte van hun nominaties en worden er bijgevolg tariefboetes op hen toegepast.

De maatregelen ter bevordering van de installatie, de ontwikkeling en de implementatie van nieuwe productie-eenheden voor elektriciteit dienen bijgevolg te worden aangepast.

Wat de bevordering van de concurrentie betreft, wordt de Belgische elektriciteitsmarkt gekenmerkt door de marktmacht van de historische speler die over ruim 70 % van de geïnstalleerde capaciteit beschikt en over een afschrijving van zijn activa. Deze marktmacht werd recent nog vastgesteld door de CREG in de studie (F)110908-CDC-1079 over ‘de wetsvoorstellen betreffende de nucleaire heffing’ van 8 september 2011 (p. 50, www.creg.be).

Om de concurrentie te bevorderen, is het noodzakelijk om nieuwe spelers te ondersteunen, zoals uitdrukkelijk geuit in de CREG-studie (F)090126-CDC-811 van 26 januari 2009 over ‘de falende prijsvorming in de vrijgemaakte Belgische elektriciteitsmarkt en de elementen die aan de oorsprong ervan liggen’, www.creg.be.

De laatste jaren werden reeds diverse bepalingen aangenomen die de nieuwe elektriciteitsproducenten op de Belgische markt moeten begunstigen.

[...]

De bepalingen die tot op heden golden ter bevordering van de nieuwe elektriciteitsproducenten zijn aldus beperkt tot nieuwe elektriciteitsproductie-installaties op basis van wind in de zeegebieden (‘*off shore*’). Het is echter nodig om dergelijke steunmaatregelen uit te breiden tot elektriciteitsproductie-installaties gelegen op het Belgische vasteland (‘*on shore*’) teneinde tegemoet te komen aan de bedreigingen die wegen op de bevoorradingszekerheid.

Deze bepalingen moeten snel worden aangepast rekening houdend met deze projecten die momenteel geen enkele bijzondere voorwaarde genieten voor de productieafwijkingen » (*ibid.*, pp. 6 en 7).

B.37.4. Het voormelde artikel 4, § 5, vormt een steunmaatregel voor de « nieuwkomers » en strekt ertoe de voorzieningszekerheid van het land te waarborgen, die, zoals in B.34.3 is opgemerkt, ressorteert onder de lidstaten, overeenkomstig de artikelen 4 en 8 van de richtlijn 2009/72/EG. Er kan bijgevolg niet worden aangenomen dat de bestreden bepaling afbreuk doet aan de bevoegdheden van de CREG, die overigens, krachtens diezelfde bepaling, de daarin beoogde correctiefactor moet vaststellen.

B.37.5. De laatste zin van de bestreden bepaling voorziet erin dat zij in werking treedt « voor 2011 »; zij is weliswaar bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 8 januari 2012 maar dat volstaat niet om aan te nemen dat het zou gaan om een retroactieve maatregel die niet kan worden verantwoord: zij voorziet immers, ten behoeve van de daarin beoogde producenten, in een gunstmaatregel die op geldige wijze steunt op de in B.37.3 en B.37.4 aangegeven motieven en die het jaar 2011 alleen in aanmerking neemt voor de berekening van het daarin bepaalde voordeel, waarbij het voordeel alleen verworven is voor die

producenten die zullen voldoen aan de toekenningsvoorwaarden op de datum van inwerkingtreding van de bestreden wet.

B.37.6. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet blijkt overigens dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, de drempel van 5 pct. en de beperking van de geproduceerde energie tot 125 MWh door de wetgever zijn verantwoord (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/003, pp. 8 en 9). De verzoekende partij leidt uit die grief geen enkel argument af.

B.37.7. Het vijfde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

B.37.8. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van de Gaswet.

Wat het derde middel betreft

B.38. Het derde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn 2009/72/EG en met de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn 2009/73/EG.

Eerste onderdeel

B.39.1. In een eerste subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 8, 3°, en 9, 2°, 4° en 5°, van de bestreden wet, die de artikelen 8, § 2, eerste en tweede lid, en 9, § 1, van de Elektriciteitswet wijzigen, strijdig te zijn met artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de bestreden bepalingen de vereisten van de richtlijn inzake de ontstentenis van betrekkingen van zeggenschap tussen producenten en leveranciers van elektriciteit, enerzijds, en transmissiesysteembeheerder, anderzijds, niet correct omzetten, terwijl die omzetting in de bepalingen met betrekking tot de gasmarkt correct is gebeurd.

B.39.2. Tweemaal betwist de Ministerraad in zijn uiteenzettingen die aan dat subonderdeel zijn gewijd, het belang dat de verzoekende partij erbij zou hebben om dat middel aan te voeren. Om de in B.27.5 vermelde redenen is die exceptie niet gegrond.

B.39.3. De artikelen 8, § 2, eerste en tweede lid, en 9, § 1, van de Elektriciteitswet bepalen :

« Art. 8. [...]

§ 2. Overeenkomstig zijn maatschappelijk doel, kan de netbeheerder elke andere activiteit uitoefenen op of buiten het Belgisch grondgebied, onverminderd de bepalingen van artikel 9, § 1. Onder voorbehoud van overleg met de Gewesten, kan de netbeheerder een gecombineerd transmissie- en distributienet exploiteren en ook activiteiten uitoefenen die onder meer bestaan uit diensten voor de exploitatie, het onderhoud, de verbetering, de vernieuwing, de uitbreiding en/of het beheer van lokale, regionale transmissie- en/of distributienetten met een spanningsniveau van 30 kV tot 70 kV. Hij kan deze activiteiten, met inbegrip van handelsactiviteiten, rechtstreeks uitoefenen of via deelnemingen in publieke of private instellingen, vennootschappen of verenigingen die reeds bestaan of nog opgericht zullen worden.

Deze werkzaamheden mogen slechts worden uitgeoefend, hetzij rechtstreeks hetzij door participatiedeelnames, indien zij geen negatieve invloed hebben op de onafhankelijkheid van de netbeheerder of op het vervullen van de taken die hem bij de wet zijn toevertrouwd.

[...]

Art. 9. § 1. De netbeheerder moet zijn opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap, met maatschappelijke zetel en centrale administratie in een Staat van de Europese Economische Ruimte. Het voldoet aan de voorwaarden bedoeld in artikel 524 van het Wetboek van Vennootschappen. Hij mag geen andere activiteiten ondernemen inzake productie of verkoop van elektriciteit dan de productie in de Belgische regelzone binnen de grenzen van zijn vermogensbehoeften inzake ondersteunende diensten en de verkopen die nodig zijn voor zijn coördinatieactiviteit als netbeheerder. Hij mag ook geen activiteiten ondernemen inzake het beheer van distributienetten met een spanningsniveau dat lager is dan 30 kV. Indien hij zich inlaat met productieactiviteiten in de Belgische regelzone binnen de grenzen van zijn vermogensbehoeften inzake ondersteunende diensten, wordt de netbeheerder onderworpen aan de met toepassing van artikel 12 goedgekeurde tarieven alsook aan de bepalingen van artikel 12^{quinquies}. In dit kader kent hij een waarde toe aan de prestaties van ondersteunende diensten die hij verricht overeenkomstig de artikelen 12 en 12^{quinquies}. De in dit kader door de netbeheerder geproduceerde elektriciteit mag niet worden gecommercialiseerd. De netbeheerder doet, in laatste instantie, onder de vorm van onderhandelde trekkingsrechten, beroep op productieactiviteiten binnen de Belgische regelzone binnen de vermogenslimieten van zijn behoeften inzake ondersteunende diensten, nadat hij eerst alle van toepassing zijnde voorafgaande procedures om een beroep te doen op de markt geïmplementeerd heeft en na akkoord van de commissie.

De netbeheerder mag, rechtstreeks of onrechtstreeks, geen lidmaatschapsrechten bezitten onder welke vorm dan ook, in producenten, distributeurs, leveranciers en tussenpersonen en evenmin in aardgasbedrijven zoals bepaald bij de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen. Wat de distributienetbeheerders betreft, geldt dit lid zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van artikel 8, § 2.

De elektriciteits- en/of aardgasbedrijven, zoals omschreven in de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, mogen, alleen of gezamenlijk, rechtstreeks of onrechtstreeks, geen deel van het kapitaal van de netbeheerder en geen aandelen van de netbeheerder aanhouden. Aan de aandelen van deze ondernemingen kan geen stemrecht worden verbonden.

De statuten van de netbeheerder en de aandeelhoudersovereenkomsten mogen geen bijzondere rechten verlenen aan ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie en/of de levering van elektriciteit en/of van aardgas.

De ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie en/of de levering van elektriciteit en/of van aardgas mogen de leden van de raad van bestuur, het directiecomité, het corporate governance comité, het auditcomité, het bezoldigingscomité alsook elk ander orgaan dat de netbeheerder rechtsgeldig vertegenwoordigt niet benoemen.

Het is eenzelfde natuurlijke persoon niet toegelaten lid te zijn van de raad van toezicht, de raad van bestuur of de organen die wettelijk de onderneming vertegenwoordigen en, tegelijkertijd van een onderneming die een van volgende functies vervult : productie of levering van elektriciteit en elektriciteitstransmissienetbeheerder ».

B.39.4. In tegenstelling met wat de CREG betoogt, laten de in artikel 9, § 1, gebruikte bewoordingen toe alle in de richtlijn beoogde gevallen te omvatten waarin door eenzelfde persoon zeggenschap zou worden uitgeoefend op een transmissiesysteembeheerder en een producent of een leverancier, zoals in het geval van een vennootschap van het type « holding » : artikel 9, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet verbiedt de netbeheerder immers « rechtstreeks of onrechtstreeks [...] lidmaatschapsrechten [te] bezitten onder welke vorm dan ook », in de ondernemingen die elektriciteit produceren of leveren. De in het tweede lid gebruikte uitdrukking « onder welke vorm dan ook » en de bewoordingen van het derde lid laten eveneens toe de in de richtlijn gebruikte begrippen « zeggenschap » en « rechten » te omvatten. Bovendien wijst niets erop dat de wetgever tijdens de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet de draagwijdte van die begrippen zou hebben willen inperken (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 35).

B.39.5. De door de CREG bekritiseerde en door artikel 8, § 2, van de Elektriciteitswet geopende mogelijkheid voor de netbeheerders om « elke andere activiteit » uit te oefenen, wordt beperkt door de in die bepaling zelf vastgelegde voorwaarden (overeenstemming met het maatschappelijk doel en met de bepalingen van het voormelde artikel 9, § 1, en ontstentenis van negatieve gevolgen voor de onafhankelijkheid van de netbeheerder en voor het vervullen van de taken die hem bij de wet zijn toevertrouwd) zodat niet blijkt dat die mogelijkheid de grenzen te buiten gaat van de mogelijkheid die wordt geopend door artikel 29 van de richtlijn 2009/72/EG, dat bepaalt :

« Artikel 29 - Gecombineerde beheerder

Artikel 26, lid 1, vormt geen beletsel voor een gecombineerd beheer van transmissie- en distributiesystemen door een distributiesysteembeheerder, mits deze beheerder voldoet aan de voorwaarden van artikel 9, lid 1, of de artikelen 13 en 14, of van Hoofdstuk V, of onder artikel 44, lid 2, valt ».

De wetgever heeft tijdens de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling naar die bepaling verwezen (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 32).

B.39.6. De eveneens door de CREG bekritiseerde mogelijkheid, geopend door artikel 9, § 1, van de Elektriciteitswet, voor de netbeheerders om andere activiteiten te ontwikkelen dan die inzake netbeheer, is als volgt in de parlementaire voorbereiding besproken :

« Dit artikel geeft gevolg aan de aanbeveling van de CREG in haar voormelde elektriciteitsstudie van 5 november 2010. Zoals aangehaald door deze laatste, is het wenselijk dat de TNB zich ook zou kunnen bezighouden met productieactiviteiten teneinde zelf zijn reserves te kunnen produceren en de verliezen te regelen evenals de primaire en secundaire regeling. Dit artikel voorziet vervolgens in de mogelijkheid van de TNB om tussen te komen in de productieactiviteiten in de Belgische regelingszone binnen de grenzen van de kracht van haar noden in termen van ondersteunende diensten. De aldus door de TNB geproduceerde elektriciteit wordt logischerwijze onderworpen aan de toepassing van de door de CREG goedgekeurde tarieven overeenkomstig met de in de artikelen 12 en 12^{quinqies} van de elektriciteitswet voorziene procedure. In dit kader en ter wille van de transparantie, is de TNB gehouden om de prestaties te waarderen van de ondersteunende diensten die hij levert via dergelijke productie-eenheden. Deze waardering zou onder meer de positieve weerslag moeten aantonen zowel op tarifair vlak als wat betreft de volumes bij dergelijke levering van ondersteunende diensten.

Deze mogelijkheid voor de TNB om zich bezig te houden met productieactiviteiten teneinde zijn ondersteunende diensten te dekken is bestemd om slechts in laatste instantie te worden toegepast door de TNB en om elk profijt uit de operatie door te rekenen aan de consument via positieve uitwerkingen op de tarieven van de TNB. Rekening houdend met

deze doorberekening, maken de kosten van de productieactiviteiten van de TNB integraal deel uit van zijn tarieven zoals besloten door de CREG bij toepassing van artikel 12 van de elektriciteitswet, zoals gewijzigd door dit voorontwerp van wet.

Zulke activiteiten zullen de vorm van onderhandelde trekkingsrechten, na akkoord van de CREG, aannemen. In antwoord op het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, worden onder deze ‘ onderhandelde trekkingsrechten ’ wederkerige overeenkomsten begrepen die zijn gesloten door de TNB met elke andere partij voor de verstrekking van ondersteunende diensten. In de praktijk betreft het elektriciteitsproducenten. De mogelijkheid voor de TNB om productie-activiteiten uit te oefenen beoogt effectief om aan de TNB het recht te verlenen om contracten met producenten te sluiten voor de verstrekking van ondersteunende diensten die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van zijn activiteiten. De productieactiviteiten van de TNB om de ondersteunende diensten te verzekeren, worden slechts in laatste instantie geïmplementeerd door de netbeheerder, omdat de andere procedures om beroep te doen op de markt, zoals procedures van openbare aanbestedingen voor ondersteunende diensten, voorafgaand dienen geïmplementeerd te worden.

Deze activiteiten zijn gereguleerd en derhalve gecontroleerd door de CREG, in het bijzonder in het kader van zijn tarifaire bevoegdheden » (*ibid.*, pp. 33 en 34).

Die mogelijkheid, die door de bestreden bepaling (artikel 9, § 1, eerste lid) wordt beperkt tot productie « binnen de grenzen van [de] vermogensbehoeften [van de beheerder] inzake ondersteunende diensten », kan worden verantwoord door de noodzaak de risico's te beperken inzake de bevoorradingszekerheid van het land, die, zoals in B.34.3 en B.37.4 is uiteengezet, onder de verantwoordelijkheid van de lidstaten valt.

B.39.7. Het eerste subonderdeel van het eerste onderdeel van het derde middel is niet gegrond.

B.40.1. In een tweede subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 9, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 9, § 1, van de Elektriciteitswet aanvult, strijdig te zijn met artikel 9, lid 1, onder c), van de richtlijn 2009/72/EG.

B.40.2. Het voormelde artikel 9, § 1, dat in B.39.3 is weergegeven, wordt verweten alleen de ondernemingen die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie of de levering van elektriciteit of aardgas te verbieden de leden van de organen die de netbeheerder vertegenwoordigen te benoemen, terwijl artikel 9, lid 1, onder c), van de richtlijn 2009/72/EG ook de personen beoogt - en niet alleen de bedrijven - die zeggenschap

of enig recht uitoefenen over een bedrijf dat elektriciteit produceert of levert, zoals een holding.

B.40.3. In zoverre het de in de richtlijn gebruikte begrippen « zeggenschap » en « recht » aanvoert, is het middel, in dat subonderdeel, om dezelfde redenen als die welke zijn vermeld in B.39.4, niet gegrond. Het is evenmin gegrond in zoverre het het in de richtlijn gebruikte begrip « personen » aanvoert : uit artikel 2, lid 35, van dezelfde richtlijn blijkt immers dat het bedrijf wordt gedefinieerd als « elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die ten minste een van de volgende functies vervult : productie, transmissie, distributie, levering of aankoop van elektriciteit, en die verantwoordelijk is voor de met deze functies verband houdende commerciële, technische of onderhoudswerkzaamheden, maar die geen eindafnemer is ». Niets wijst erop dat de wetgever zou hebben willen afwijken van die definitie, die zelf even uitgebreid is als die welke door het Hof van Justitie van de Europese Unie in aanmerking is genomen (HvJ, 23 april 1991, C-41/90, *Klaus Höfner en Fritz Elser t. Macrotron*).

B.40.4. Het tweede subonderdeel van het eerste onderdeel van het derde middel is niet gegrond.

B.40.5. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft. Die conclusie wordt niet op losse schroeven gezet door de verwijzing van de verzoekende partij naar artikel 8/3, § 1/2, van die wet, ingevoegd bij artikel 62, 4°, van de bestreden wet, aangezien het geval dat door die bepaling wordt beoogd overeenstemt met het geval dat wordt beoogd in artikel 9, lid 1, onder b), van de richtlijn en niet met het geval dat wordt beoogd in artikel 9, lid 1, onder c), dat door de verzoekende partij wordt aangevoerd.

B.41.1. In een derde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 9, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 9, § 1, van de Elektriciteitswet met een zesde lid aanvult, strijdig te zijn met artikel 9, lid 1, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het het verbod om tegelijkertijd lid te zijn, enerzijds, van een orgaan dat de onderneming wettelijk vertegenwoordigt en, anderzijds, van een onderneming die elektriciteit produceert of levert of die het elektriciteitstransmissienet beheert, enkel tot de natuurlijke personen beperkt, terwijl artikel 9, lid 1, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG elke « persoon » beoogt.

B.41.2. Artikel 9, § 1, zesde lid, dat is weergegeven in B.39.3, verwijst naar de natuurlijke personen, terwijl het ertoe strekt artikel 9, lid 1, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG om te zetten, dat de personen die het beoogt niet kwalificeert.

B.41.3. Zelfs indien het om een onoplettendheid van de wetgever gaat, die de Ministerraad als « tikfout » bestempelt, zetten de bestreden bepalingen de overeenkomstige bepaling van de richtlijn niet correct om, zodat de grief gegrond is.

B.41.4. Het derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het derde middel is gegrond.

B.41.5. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.41.6. Bijgevolg dient het woord « natuurlijke » in artikel 9, § 1, zesde lid, van de Elektriciteitswet en in artikel 8/3, § 1/1, derde lid, van de Gaswet, respectievelijk ingevoegd bij de artikelen 62, 3°, en 9, 5°, van de bestreden wet te worden vernietigd.

B.42.1. In een vierde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 12, in samenhang gelezen met artikel 13, 5°, van de bestreden wet, die respectievelijk een artikel 9^{quater} en een paragraaf 2^{ter} in artikel 10 van de Elektriciteitswet invoegen, strijdig te zijn met artikel 9, lid 7, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de vereisten met betrekking tot de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie waarin is voorzien in artikel 9^{quater}, eerste tot vierde lid, niet in overweging dienen te worden genomen bij de certificering van de transmissienetbeheerder, terwijl dat zou vereist zijn bij artikel 9, lid 7, van de richtlijn.

B.42.2. De artikelen 9^{quater} en 10, § 2^{ter}, van de Elektriciteitswet bepalen :

« Art. 9^{quater}. § 1. De netbeheerder behandelt commercieel gevoelige informatie waarvan hij kennis krijgt bij de uitoefening van zijn activiteiten vertrouwelijk en verhindert dat informatie over zijn activiteiten, die commercieel gunstig kan zijn, op discriminerende wijze wordt verspreid.

De netbeheerder maakt bovenbedoelde informatie niet over aan bedrijven die rechtstreeks of onrechtstreeks werkzaam zijn in de productie en/of de levering van elektriciteit.

Hij onthoudt er zich ook van zijn eigen personeel aan zulke bedrijven over te dragen.

Wanneer de netbeheerder elektriciteit verkoopt aan of aankoopt van een elektriciteitsbedrijf, maakt hij geen misbruik van de commercieel gevoelige informatie die hij van derden heeft verkregen ter gelegenheid van hun toegang tot het net of tijdens de onderhandelingen over hun toegang tot het net.

De informatie die noodzakelijk is voor een efficiënte mededinging en voor een goede marktwerking wordt openbaar gemaakt. Deze verplichting doet geen afbreuk aan de bescherming van de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie.

Art. 10. [...]

§ 2^{ter}. De commissie ziet erop toe dat de vereisten voorzien in de artikelen 9 tot 9^{ter} steeds door de netbeheerder worden nageleefd. Hiertoe opent zij een certificeringprocedure :

- a) wanneer een kandidaat-netbeheerder de commissie hierom verzoekt;
- b) in geval van kennisgeving vanwege de netbeheerder met toepassing van § 2^{bis};
- c) op eigen initiatief, wanneer zij kennis heeft van het feit dat een voorziene wijziging in de bevoegdheden of invloed uitgeoefend op de netbeheerder een overtreding kan uitmaken van de bepalingen van de artikelen 9 tot 9^{ter}, of wanneer zij redenen heeft om te geloven dat een dergelijke overtreding kan gepleegd zijn; of
- d) op met redenen omkleed verzoek van de Europese Commissie.

De commissie brengt de minister op de hoogte van de opening van een certificeringsprocedure evenals de netbeheerder wanneer zij op eigen initiatief handelt of op met redenen omkleed verzoek van de Europese Commissie.

Het verzoek tot certificering van een kandidaat-netbeheerder evenals de kennisgeving van een netbeheerder bedoeld in lid 1, b), geschiedt via aangetekende brief met ontvangstbewijs en vermeldt alle nuttige en noodzakelijke informatie. Desgevallend vraagt de commissie aan de kandidaat-netbeheerder of aan de netbeheerder aanvullende informatie over te zenden binnen een termijn van dertig dagen te rekenen van de aanvraag.

Wanneer zij op eigen initiatief of op met redenen omkleed verzoek van de Europese Commissie handelt, vermeldt de commissie in haar schrijven de vermoede tekortkomingen ten opzichte van de bepalingen voorzien bij de artikelen 9 tot 9^{ter} of zendt zij de motivering van de Europese Commissie over.

Na desgevallend de netbeheerder ertoe te hebben uitgenodigd binnen een termijn van dertig werkdagen tegemoet te komen aan de tekortkomingen die zij vermoedt of aan de motivering van de Europese Commissie, stelt de commissie een ontwerpbeslissing vast over de certificering van de netbeheerder binnen vier maanden volgend op de datum van de aanvraag van de kandidaat-netbeheerder, de datum van de kennisgeving van de netbeheerder, de datum waarop zij de minister op de hoogte heeft gebracht, indien zij handelt op eigen initiatief, of de datum van het verzoek van de Europese Commissie. De certificering wordt geacht te zijn toegekend bij het verstrijken van deze periode. De uitdrukkelijke of

stilzwijgende ontwerpbeslissing van de commissie wordt pas definitief na het afsluiten van de procedure die bepaald wordt in het zesde tot het negende lid.

De commissie geeft onverwijld kennis aan de Europese Commissie van haar uitdrukkelijke of stilzwijgende ontwerpbeslissing betreffende de certificering van de netbeheerder, vergezeld van alle nuttige informatie betreffende deze ontwerpbeslissing. De Europese Commissie geeft een advies overeenkomstig de procedure voorzien in artikel 3 van Verordening (EG) nr. 714/2009.

Nadat ze het uitdrukkelijk of stilzwijgend advies van de Europese Commissie heeft ontvangen, neemt de commissie haar definitieve beslissing van certificering en deelt deze aan de minister mee, onverwijld en ten laatste binnen de maand na het advies van de Europese Commissie, met motivering met betrekking tot het naleven van de vereisten van [de] artikelen 9 tot 9ter. De commissie houdt bij haar beslissing zo veel mogelijk rekening met het advies van de Europese Commissie. De beslissing van de commissie en het advies van de Europese Commissie worden samen in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd.

Bovenvermelde certificeringprocedure vervalt wanneer :

a) er afstand werd gedaan van de transactie die ter kennis werd gebracht van de commissie met toepassing van § 2bis; of

b) de netbeheerder tegemoetkomt aan de tekortkomingen die de commissie en/of de Europese Commissie ertoe hadden aangezet om de certificeringprocedure op te starten.

De commissie en de Europese Commissie kunnen bij de netbeheerder en/of bij de ondernemingen die werkzaam zijn in de productie en/of de levering van elektriciteit, alle nuttige informatie opvragen voor de vervulling van hun taken met toepassing van deze paragraaf. Zij zorgen voor de vertrouwelijke behandeling van de commercieel gevoelige informatie ».

B.42.3. Weliswaar belast het voormelde artikel 10, § 2ter, de CREG ermee erop toe te zien dat de vereisten voorzien in de artikelen 9 tot 9ter steeds door de netbeheerder worden nageleefd en beoogt het dus niet artikel 9quater van de Elektriciteitswet; toch is de verplichting tot vertrouwelijkheid die bij artikel 9quater aan de netbeheerder is opgelegd, een verplichting die overeenkomstig de artikelen 9, lid 7, en 16 van de richtlijn 2009/72/EG in het algemeen en steeds op hem rust en waarvan de inachtneming door de CREG op dezelfde wijze kan worden gecontroleerd, inclusief bij de certificering.

B.42.4. Het vierde subonderdeel van het eerste onderdeel van het derde middel is niet gegrond.

Tweede onderdeel

B.43.1. In een eerste subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 13, 1°, van de bestreden wet, dat artikel 10, § 1, laatste lid, van de Elektriciteitswet wijzigt, strijdig te zijn met artikel 10, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het bepaalt dat de netbeheerder die definitief is aangewezen vóór de bekendmaking van de bestreden wet geacht wordt te zijn gecertificeerd, terwijl artikel 10, lid 1, vóór elke goedkeuring en aanwijzing als transmissiesysteembeheerder een certificering door de nationale regulerende instantie vereist.

B.43.2. De exceptie die door de Ministerraad wordt afgeleid uit het feit dat de verzoekende partij niet zou doen blijken van het vereiste belang bij het middel, dient om de in B.27.5 aangegeven redenen te worden verworpen.

B.43.3. Artikel 10, § 1, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 1. Na advies van de commissie en beraadslaging in Ministerraad wijst de minister de netbeheerder aan na voorstel van één of meerdere neteigenaars (met inbegrip, in voorkomend geval, van de scheidende netbeheerder) die, afzonderlijk of gezamenlijk, een deel van het transmissienet bezitten dat ten minste 75 procent van het nationaal grondgebied en ten minste twee derden van het grondgebied van elk gewest bestrijkt.

Bij gebrek aan een dergelijk voorstel binnen drie maanden na de datum van bekendmaking van een bericht van de minister in het *Belgisch Staatsblad*, wijst de minister de netbeheerder aan op voorstel van de commissie en na beraadslaging in Ministerraad.

Vooraleer een bedrijf tot netbeheerder wordt aangewezen, wordt zij gecertificeerd overeenkomstig de procedure bedoeld in § 2ter.

De identiteit van de aangestelde netbeheerder wordt aan de Europese Commissie meegedeeld.

De netbeheerder die definitief is aangewezen vóór de bekendmaking van de wet van 8 januari 2012 tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, wordt geacht te zijn gecertificeerd. De commissie kan op ieder ogenblik een certificeringsprocedure openen ».

B.43.4. Die bepaling is in de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet als volgt voorgesteld :

« Dit artikel voorziet de omzetting van de verplichting om de TNB te certificeren voordat hij benoemd wordt, zoals voorzien in artikel 10.1 van Richtlijn 2009/72/EG. Conform de interpretatieve nota van de Europese Commissie van 22 januari 2010 betreffende het *unbundling* regime, is deze procedure enkel van toepassing op de toekomstige aanstellingen.

Uit deze interpretatieve nota blijkt inderdaad dat : ‘ *The regulatory authorities are under the obligation to open a certification procedure upon notification by a potential TSO, or upon reasoned request from the Commission. Apart from that, regulatory authorities must monitor compliance of TSOs with the rules on unbundling on a continuous basis, and must open a new certification procedure on their own initiative where according to their knowledge a planned change in rights or influence over transmission system owners or TSOs may lead to an infringement of unbundling rules, or when they have reason to believe that such infringement may have occurred.* ’ [Vertaling : « De regulerende instanties moeten een certificeringsprocedure opstarten na ontvangst van een kennisgeving van een mogelijke transmissiesysteembeheerder of op gemotiveerd verzoek van de Commissie. Daarnaast moeten de regulerende instanties erop toezien dat de transmissienetbeheerders de ontvlechtsregels permanent naleven, en moeten zij een nieuwe certificeringsprocedure opstarten op eigen initiatief wanneer zij kennis ervan hebben dat een geplande wijziging van rechten of invloed over transmissiesysteemeigenaars of -beheerders kan leiden tot een inbreuk op de ontvlechtsregels, of wanneer zij redenen hebben om aan te nemen dat een dergelijke inbreuk kan hebben plaatsgevonden. »] (*Interpretatieve nota van de Europese Commissie, 22 januari 2010, Unbundling, p. 22*).

De aanwijzing van beheerders die reeds definitief werden aangewezen voor een duur van twintig jaar in vraag stellen, zoals voorgesteld door de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, zou de verworven rechten van deze beheerders in het gedrang brengen, in volledige tegenspraak met het 1e aanvullend protocol van het Europees Verdrag van de rechten van de mens alsook met artikel 16 van de Grondwet.

De TNB die al is aangesteld in toepassing van de elektriciteitswet, meer bepaald Elia System Operator, moet dus niet meer gecertificeerd worden in toepassing van dit artikel of kan een verzoek tot *pro forma* certificering indienen. De certificering van de TNB zal op basis van dit artikel slechts worden opgestart in de hypothese waarin de CREG, als bewaker van de naleving van de plichten tot onafhankelijkheid van de TNB, op eigen initiatief een certificeringsprocedure zou opstarten tegen een reeds aangestelde TNB of bij de hernieuwing van deze TNB. De CREG kan, op ieder ogenblik, op eigen initiatief een certificeringsprocedure openen, conform de bepalingen van de voornoemde interpretatieve nota van de Europese Commissie van 22 januari 2010.

‘ *regulatory authorities must monitor compliance of TSOs with the rules on unbundling on a continuous basis, and must open a new certification procedure on their own initiative where according to their knowledge a planned change in rights or influence over transmission system owners or TSOs may lead to an infringement of unbundling rules, or when they have reason to believe that such infringement may have occurred.* ’ [Vertaling : « De regulerende instanties [moeten] erop toezien dat de transmissienetbeheerders de ontvlechtsregels permanent naleven, en moeten [...] een nieuwe certificeringsprocedure opstarten op eigen initiatief wanneer zij kennis ervan hebben dat een geplande wijziging van rechten of invloed over transmissiesysteemeigenaars of -beheerders kan leiden tot een inbreuk op de ontvlechtsregels, of wanneer zij redenen hebben om aan te nemen dat een dergelijke

inbreuk kan hebben plaatsgevonden. »] (*Interpretatieve nota van de Europese Commissie, 22 januari 2010, Unbundling, p. 22*) » (*Parl. St., Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 37-38*).

B.43.5. De keuze van de wetgever, die vergelijkbaar is met de keuzes die op andere gebieden in analoge omstandigheden zijn gemaakt, kan niet als klaarblijkelijk onredelijk worden beschouwd: zij berust immers, enerzijds, op de zorg de rechtsonzekerheid te voorkomen die het gevolg zou zijn van het feit dat bij ontstentenis van een bepaling zoals de bestreden bepaling, geen enkele netbeheerder zou zijn aangewezen, en, anderzijds, op de noodzaak om, ten aanzien van netbeheerders die onder de gelding van de vroegere wetgeving het voorwerp hebben uitgemaakt van een aanwijzing voor een duur van twintig jaar, het recht op de eerbiediging van de eigendom die inzonderheid wordt gewaarborgd door artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet op de helling te zetten. Dat geldt in het bijzonder voor wat betreft netbeheerders die ertoe kunnen zijn gebracht investeringen te doen die een zekere voorzienbaarheid van het juridische kader vergen waaraan die beheerders zijn onderworpen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie beslist trouwens dat het aan de lidstaten toekomt rekening te houden met de bijzondere situaties van de marktdeelnemers en te voorzien in aanpassingen aan de toepassing van nieuwe regels (HvJ, 7 juni 2005, *VEMW*, C-17/03).

B.43.6. Het argument dat door de verzoekende partij is afgeleid uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 december 2009 (C-475/08), is niet gegrond aangezien dat arrest betrekking had op een geval waarin de netbeheerder het voorwerp had uitgemaakt niet van een definitieve aanwijzing zoals die beoogd in de bestreden bepaling, maar van een voorlopige aanwijzing, en waarin hij bijgevolg geen verworven rechten kon doen gelden.

B.43.7. De bestreden maatregel kan ten slotte niet als onevenredig worden aangemerkt aangezien de CREG toepassing kan maken van het voormelde artikel 10, § 1, vijfde lid, van de Elektriciteitswet om een certificeringsprocedure te openen.

B.43.8. Het eerste subonderdeel van het tweede onderdeel van het derde middel is niet gegrond.

B.43.9. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.44.1. In een tweede subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 13, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 10, § 2bis, eerste lid, in de Elektriciteitswet invoegt, strijdig te zijn met artikel 10, lid 3, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de bestreden bepaling de transacties die worden verricht door andere personen dan de transmissienetbeheerders niet zouden omvatten.

B.44.2. Artikel 10, § 2bis, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 2bis. Vóór elke transactie die een nieuwe evaluatie van de manier waarop hij zich schikt naar de vereisten voorzien bij [de] artikelen 9 tot 9ter verantwoordt, geeft de netbeheerder aan de commissie kennis van zijn voornemen om deze transactie te ondernemen. Dergelijke transacties kunnen slechts worden voortgezet mits voorafgaande certificering volgens de procedure die bepaald is bij § 2ter. In geval van sluiting van een transactie die een nieuwe evaluatie zou kunnen verantwoorden van de manier waarop de netbeheerder zich schikt naar de vereisten voorzien bij [de] artikelen 9 tot 9ter zonder voorafgaande certificering, stelt de commissie de netbeheerder in gebreke zich te schikken naar de vereisten krachtens § 2ter. De aanwijzing van de netbeheerder wordt herroepen bij gebrek aan regularisatie volgens deze procedure.

De kennisgeving op ieder ogenblik aan de commissie van de afstand van de betrokken transactie doet de certificeringsprocedure bedoeld in § 2ter vervallen ».

B.44.3. Die bepaling is tijdens de parlementaire voorbereiding als volgt voorgesteld :

« De in artikel 10.3 van Richtlijn 2009/72/EG voorziene verplichting voor de TNB om de regulerende instanties op de hoogte te brengen van alle handelingen die een invloed zouden kunnen hebben op hun onafhankelijkheid [wordt in dit artikel omgezet].

Om een nuttig gevolg te kunnen geven aan deze kennisgeving, wordt voorzien dat de TNB verplicht is om [de] CREG vooraf in kennis te stellen van ieder transactieproject dat een invloed zou kunnen hebben op zijn onafhankelijkheid. De geplande transactie mag niet voortgezet worden zonder de voorafgaande certificering. Indien nodig kan de TNB in gebreke gesteld worden door de CREG om zich te schikken naar de vereisten inzake onafhankelijkheid die toepasselijk zijn op hem en op de certificeringsprocedure » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 38-39).

B.44.4. Uit de bewoordingen van de bestreden bepaling net als uit de bespreking ervan blijkt dat niets het mogelijk maakt ervan uit te gaan dat de transacties die zij beoogt beperkt zouden zijn tot de door de netbeheerder geplande transacties alleen. Het gaat daarentegen om elke transactie die een nieuwe evaluatie verantwoordt van de manier waarop die beheerder zich schikt naar de door de richtlijn ingestelde vereisten inzake ontvlechting van de eigendomsstructuren. Onder dat voorbehoud van interpretatie is de grief niet gegrond.

B.44.5. De verzoekende partij doet echter opmerken dat de bestreden bepaling erin voorziet dat krachtens artikel 10, §§ 2*bis*, tweede lid, voormeld, en 2*ter*, achtste lid, b), de certificeringsprocedure vervalt wanneer de netbeheerder tegemoetkomt aan de tekortkomingen die aanleiding hebben gegeven tot het opstarten van die procedure; door aldus een automatisme in de uitvoering van de procedure in het leven te roepen, komt de bestreden bepaling overeen met de, analoge, bepaling waarin is voorzien bij artikel 8, § 4*bis*, vijfde lid, van de Gaswet, gewijzigd bij artikel 61, 2°, van de bestreden wet, maar verschilt zij van de, nochtans analoge, bepaling waarin is voorzien bij artikel 8, § 4*ter*, van dezelfde wet, gewijzigd bij hetzelfde artikel 61, 2°. Artikel 8, § 4*ter*, achtste lid, bepaalt immers :

« Bovenvermelde certificeringsprocedure vervalt wanneer :

- a) er afstand werd gedaan van de transactie die ter kennis werd gebracht aan de commissie met toepassing van § 4*bis*; of
- b) de commissie beslist, op basis van de door de aardgasvervoernetbeheerder aangebrachte verbeteringen, de certificeringsprocedure op te heffen ».

B.44.6. De Gaswet behoudt aldus in een van haar bepalingen aan de CREG een beslissingsbevoegdheid voor die haar in hetzelfde geval door de Elektriciteitswet en door een andere bepaling van de Gaswet wordt ontzegd.

Die afwijking, die door de Ministerraad als schrijffout wordt bestempeld, brengt geen enkele onverantwoorde beperking van de bevoegdheden van de CREG met zich mee voor wat de certificering van de elektriciteitstransmissienetbeheerders betreft : de wetgever kon immers ervan uitgaan dat de afstand van de transactie of het verdwijnen van de situatie die aanleiding gaf tot de inwerkingstelling van een certificeringsprocedure, zonder andere formaliteit kon verantwoorden dat aan die procedure automatisch een einde wordt gemaakt.

B.44.7. Het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel van het derde middel is, onder het in B.44.4 aangegeven interpretatievoorbehoud, niet gegrond.

B.44.8. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

B.45.1. In een derde subonderdeel van het tweede onderdeel verwijt de verzoekende partij artikel 13, 5°, van de bestreden wet, dat artikel 10, § 2*quater*, derde lid, in de

Elektriciteitswet invoegt, strijdig te zijn met artikel 11, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de bestreden bepaling de verplichting tot kennisgeving aan de CREG waarin zij voorziet, zou beperken tot de transacties die tot gevolg hebben dat personen van derde landen de controle over het transmissienet of de netbeheerder verwerven, terwijl de richtlijn vereist dat de kennisgeving betrekking heeft op alle omstandigheden die dat gevolg hebben. Artikel 10, § 2^{quater}, vierde lid, zou bovendien een automatisme met zich meebrengen dat afbreuk zou doen aan de bevoegdheden van de CREG.

B.45.2. Artikel 10, § 2^{quater}, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« Wanneer de certificering wordt aangevraagd door een eigenaar of een beheerder van een transmissienet waarop een of meer personen van een of meer derde landen zeggenschap uitoefenen, brengt de commissie de Europese Commissie hiervan op de hoogte.

De commissie brengt de Europese Commissie ook onmiddellijk op de hoogte van elke situatie die tot gevolg zou hebben dat een of meer personen van een of meer derde landen de controle verwerven van een transmissienet of van een transmissienetbeheerder.

Vóór de sluiting ervan, brengt de netbeheerder de commissie op de hoogte van elke transactie die tot gevolg zou hebben dat een of meer personen van een of meer derde landen de controle over het transmissienet of de netbeheerder verwerven. Een dergelijke transactie kan slechts worden voortgezet middels de certificering volgens deze paragraaf. In geval van sluiting van de transactie zonder certificering, stelt de commissie de netbeheerder in gebreke zich te schikken naar de vereisten van [de] artikelen 9 tot 9^{ter} krachtens deze paragraaf. De aanwijzing van de netbeheerder wordt herroepen bij gebrek aan regularisatie volgens deze procedure.

De kennisgeving op elk ogenblik aan de commissie van de afstand van het ontwerp van transactie doet de certificeringsprocedure van deze paragraaf vervallen.

De commissie neemt een ontwerp van beslissing aan betreffende de certificering van de netbeheerder binnen vier maanden volgend op de datum van de kennisgeving waartoe deze laatste is overgegaan. Zij weigert om de certificering toe te kennen indien niet is aangetoond :

a) dat de betrokken entiteit zich schikt naar de vereisten voorzien in de artikelen 9 tot 9^{ter}; en

b) dat de toekenning van de certificering de bevoorradingszekerheid inzake energie van België of van de Europese Unie niet in gevaar brengt. Wanneer zij deze kwestie onderzoekt, houdt de commissie rekening met :

1° de rechten en plichten van de Europese Unie die voortvloeien uit het internationaal recht ten aanzien van dit derde land, met inbegrip van alle akkoorden afgesloten met een of meer derde landen waarbij de Europese Unie partij is en die het probleem van de bevoorradingszekerheid inzake energie behandelt;

2° de rechten en plichten van België ten aanzien van dit derde land die voortvloeien uit de met dit land afgesloten akkoorden, voor zover zij in overeenstemming zijn met het Unierecht; en

3° andere bijzondere feiten en omstandigheden van dit geval alsook van het betrokken derde land.

De commissie geeft de Europese [Commissie] onverwijld kennis van haar ontwerp van beslissing, evenals van alle nuttige informatie in verband hiermee.

Alvorens haar beslissing te nemen, vraagt de commissie het advies van de Europese Commissie om te vernemen of :

a) de betreffende entiteit zich schikt naar de vereisten voorzien in de artikelen 9 tot 9ter; en

b) de toekenning van de certificering de bevoorradingszekerheid inzake energie van de Europese Unie niet in gevaar brengt.

De Europese Commissie onderzoekt de vraag zodra zij deze ontvangt. Ze brengt haar advies aan de commissie uit binnen twee maanden na ontvangst van de vraag.

Voor de opstelling van haar advies, kan de Europese Commissie de mening vragen van het ACER, van de Belgische Staat en van de belanghebbende partijen. Indien de Europese Commissie een dergelijke vraag stelt, wordt de termijn van twee maanden met twee bijkomende maanden verlengd.

Indien de Europese Commissie geen advies verleent binnen de in het achtste en het negende lid bepaalde periode, wordt zij geacht geen bezwaren te hebben opgeworpen tegen het ontwerp van beslissing van de commissie.

De commissie beschikt over een termijn van twee maanden na verloop van de in het achtste en negende lid bedoelde termijn om haar definitieve beslissing aangaande de certificering te nemen. Hiertoe houdt de commissie zo veel mogelijk rekening met het advies van de Europese Commissie. In elk geval heeft de commissie het recht om de certificering te weigeren indien dit de bevoorradingszekerheid inzake energie van België of de bevoorradingszekerheid inzake energie van een andere lidstaat in gevaar brengt.

De definitieve beslissing van de commissie en het advies van de Europese Commissie worden samen gepubliceerd. Wanneer de definitieve beslissing van het advies van de Europese Commissie verschilt, geeft en publiceert de commissie, samen met de beslissing, de motivering van deze beslissing ».

B.45.3. Rekening houdend met het feit dat het tweede lid van artikel 10, § 2^{quater}, van de Elektriciteitswet de CREG de verplichting oplegt om de Europese Commissie onmiddellijk op de hoogte te brengen van elke situatie die tot gevolg zou hebben dat een of meer personen van een of meer derde landen de controle verwerven over een transmissienet of over een

transmissienetbeheerder, kan, zoals de Ministerraad aangeeft, worden aangenomen dat de CREG zelf van dergelijke situaties op de hoogte moet worden gebracht door de netbeheerder. Onder dat voorbehoud van interpretatie is de grief niet gegrond.

Voor het overige is de grief niet gegrond om dezelfde redenen als die welke zijn vermeld in B.44.6 voor wat betreft het mechanisme van automatische uitdoving van de certificeringsprocedure.

B.45.4. Het derde subonderdeel van het tweede onderdeel van het derde middel is, onder het in B.45.3 aangegeven interpretatievoorbehoud, niet gegrond.

B.45.5. Hetzelfde geldt voor wat de bepalingen van de Gaswet betreft.

Wat het vierde middel betreft

B.46. Het vierde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 40 van de richtlijn 2009/72/EG en met de artikelen 32, 35, lid 1, 36, 41, leden 6, onder c), en 9, 42 en 48 van de richtlijn 2009/73/EG.

Eerste onderdeel

B.47.1. In een eerste onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 27, 12°, van de bestreden wet, dat artikel 18, § 4, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd is met artikel 40 van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de aan de leveranciers en tussenpersonen opgelegde verplichting om de ter zake dienende gegevens met betrekking tot de transacties die zij verrichten, bij te houden, betrekking heeft op de transacties met de tussenpersonen die op het transmissienet zijn aangesloten en de transmissienetbeheerder, terwijl artikel 40 van de richtlijn betrekking heeft op de transacties met grootafnemers en transmissiesysteembeheerders.

B.47.2. Artikel 27 van de bestreden wet heft artikel 19, § 1, van de Elektriciteitswet op. Artikel 18, § 4, van diezelfde wet, waarnaar de verzoekende partij en de Ministerraad verwijzen, wordt bij artikel 24, 12°, van de bestreden wet gewijzigd. De materiële vergissing van de verzoekende partij verantwoordt niet dat het middel onontvankelijk wordt geacht zoals de Ministerraad in hoofddeorde aanvoert, aangezien die in zijn in ondergeschikte orde voorgestelde argumentatie aantoont dat hij het middel in die zin heeft kunnen begrijpen dat het betrekking heeft op artikel 24, 12°, van de bestreden wet.

B.47.3. Artikel 18, § 4, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« De leveranciers en tussenpersonen houden de ter zake dienende gegevens met betrekking tot al hun transacties in elektriciteitsleveringscontracten met afnemers die aangesloten zijn op het transmissienet of elektriciteitsderivaten met tussenpersonen die aangesloten zijn op het transmissienet en de transmissienetbeheerder gedurende een periode van vijf jaar ter beschikking van de federale instanties, waaronder de commissie, de Raad voor de Mededinging en de Europese Commissie, voor de uitvoering van hun taken.

De gegevens omvatten bijzonderheden betreffende de kenmerken van de betrokken transacties, zoals looptijd, leverings- en betalingsregels, hoeveelheden, uitvoeringsdata en -tijdstippen, transactiepreizen en middelen om de betrokken tussenpersoon te identificeren, alsmede specifieke nadere gegevens over alle openstaande elektriciteitsleveringscontracten en elektriciteitsderivaten.

De commissie kan bepaalde van deze gegevens ter beschikking stellen van de marktpartijen, voor zover er geen commercieel gevoelige, vertrouwelijke informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter over bepaalde marktpartijen of transacties wordt bekendgemaakt. Deze paragraaf is niet van toepassing op informatie betreffende de financiële instrumenten die vallen onder Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, zoals deze is omgezet in Belgisch recht. Wanneer de in het eerste lid bedoelde instanties inzage nodig hebben in de gegevens die worden bewaard door de entiteiten die onder voorgaande Richtlijn vallen, verstrekken deze entiteiten hen de gevraagde gegevens.

De Europese Commissie stelt richtsnoeren vast in toepassing van artikel 40.4 van Richtlijn 2009/72/EG. Deze paragraaf is van toepassing op de transacties met betrekking tot elektriciteitsderivaten tussen de leveranciers en tussenpersonen enerzijds, en de tussenpersonen en de netbeheerder anderzijds, op basis van deze richtsnoeren ».

B.47.4. De tussenpersoon wordt in artikel 2, 15°, van de Elektriciteitswet, gewijzigd bij artikel 2, 7°, van de bestreden wet, gedefinieerd als « elke natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit koopt met het oog op de doorverkoop ervan, behalve een producent of een

distributienetbeheerder »; de grootafnemer wordt op zijn beurt gedefinieerd in artikel 2, lid 8, van de richtlijn 2009/72/EG als « een natuurlijke persoon of rechtspersoon die elektriciteit koopt voor wederverkoop binnen of buiten het systeem waarop hij aangesloten is ».

Door in de definitie van de tussenpersoon te preciseren dat de producenten en distributienetbeheerders daaronder niet worden begrepen, is de wetgever niet afgeweken van het in de richtlijn gehanteerde begrip « grootafnemer ». Die personen kunnen zich immers niet in de positie bevinden dat zij elektriciteit kopen om ze door te verkopen, wegens de bij de richtlijnen opgelegde regels van ontvlechting van de eigendomsstructuren (« *unbundling* ») (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 22). De door de verzoekende partij vermelde mogelijkheid om gebruik te maken van artikel 8, § 2, eerste lid, van de Elektriciteitswet om activiteiten van elektriciteitsproductie of –levering uit te oefenen, is niet van toepassing op de distributienetbeheerders (die bij de bestreden bepaling zijn uitgesloten) maar op de transmissienetbeheerders die de wetgever niet van het begrip « tussenpersoon » heeft uitgesloten.

B.47.5. Het eerste onderdeel van het vierde middel is niet gegrond.

Tweede onderdeel

B.48.1. In een tweede onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 65, 5°, van de bestreden wet in strijd is met de artikelen 32, 36, 41, leden 6, onder c), en 9, en 42 van de richtlijn 2009/73/EG in zoverre het niet de afwijking opheft die de « Interconnector Zeebrugge Terminal » (hierna : « IZT ») krachtens artikel 25 van de Gaswet geniet, terwijl het wel de afwijking opheft die de IZT krachtens artikel 15/1, § 4, van dezelfde wet geniet.

B.48.2. Artikel 15/1, § 4, van de Gaswet bepaalde, vóór de wijziging ervan bij artikel 65, 5°, van de bestreden wet :

« De *on-* en *offshore* installaties van de Interconnector Zeebrugge Terminal (IZT) en de Zeepipe Terminal (ZPT) die gelegen zijn op het Belgische grondgebied, worden beheerd samen met de *upstream*-installaties waarvan zij integraal deel uitmaken overeenkomstig de internationale verdragen. Zij worden niet beheerd door de beheerders beoogd in deze wet ».

B.48.3. Uit de opheffing van de woorden « van de Interconnector Zeebrugge Terminal (IZT) en » vloeit voort dat de IZT, die eigendom is van een Britse vennootschap, voortaan door de in de Gaswet bedoelde beheerders wordt beheerd; hij wordt onderworpen aan het gezamenlijke optreden van de Belgische en Britse nationale regulerende instantie, overeenkomstig artikel 34 van de richtlijn 2009/73/EG (*Parl. St.*, Kamer, 2011-2012, DOC 53-1725/008, pp. 14-15).

B.48.4. Artikel 25 van de Gaswet bepaalt dat de IZT en de Zeepipe niet zijn onderworpen aan de bepalingen van die wet met betrekking tot de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallaties voor aardgas en de LNG-installatie (hoofdstuk IV^{ter}), noch aan de bepalingen van die wet met betrekking tot de tarifiering, de openbardienstverplichtingen en de boekhouding (hoofdstuk IV^{quater}).

De redenen voor het behoud van die afwijking werden tijdens de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet als volgt uiteengezet :

« In België bestaan grote gasinfrastructuren, zoals Interconnector (UK), die zijn gerealiseerd voorafgaand aan de liberalisering van de aardgasmarkt en die destijds grote risico's vertegenwoordigden voor de investeerders op vlak van winst. De internationale verdragen die zijn gesloten met betrekking tot dergelijke infrastructuur, zoals de Overeenkomst tussen de regering van het Koninkrijk België en de regering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland inzake het vervoer van aardgas door middel van een pijpleiding tussen het Koninkrijk België en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, van 10 december 1997, beschermen de contractuele afspraken die de efficiënte inwerkingstelling van deze infrastructuur garanderen.

Deze bescherming is geenszins aangetast door de inwerkingtreding en de omzetting van het Derde Energiepakket, in het bijzonder wat betreft de verworven rechten van de betrokken partijen.

Bovendien streeft het Derde Energiepakket een *ratio legis* na die identiek is aan de bovenvermelde internationale verdragen teneinde de investeringen in nieuwe grote infrastructuur te stimuleren. Zo staat het de efficiënte inwerkingstelling toe van contractuele afspraken in afwijking van de regels op vlak van derdentoegang en gereguleerde tarieven.

Het Derde Energiepakket heeft geen enkele weerslag op afwijkingen die reeds in het verleden zijn toegestaan aan grote infrastructuur. De Europese Commissie heeft zelfs het behoud bevestigd van deze afwijkingen in het kader van de voorbereidende werken van de richtlijn 2009/73/EG. Uit zijn verklaring aan de Raad van 23 juni 2009 (2007/0198 (COD), 10817/09 ADD REV 2) volgt dat :

‘ Vrijstellingen van het bij Richtlijn 2003/55/EG en Verordening (EG) nr. 2003/1228 ingestelde regelgevend kader voor nieuwe grensoverschrijdende infrastructuur blijven ook na de inwerkingtreding van de richtlijn tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG en de verordening tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003 van toepassing tot de in het vrijstellingsbesluit vastgestelde vervaldatum. Tenzij anders bepaald in de vrijstellingsbesluiten zelf, worden de vrijstellingen niet gewijzigd door de toepassing van de bepalingen inzake nieuwe infrastructuur van artikel 36 van de gewijzigde gasrichtlijn en artikel 17 van de nieuwe elektriciteitsverordening ’.

Het behoud van deze verworven rechten is bevestigd op identieke wijze in Overweging (35) van de richtlijn 2009/73/EG alsook in de interpretatieve nota van de Europese Commissie van 22 januari 2010 over het bovenvermelde *unbundling*-regime.

Volgens overweging (35) van de richtlijn 2009/73/EG :

‘ Ontheffingen die uit hoofde van Richtlijn 2003/55/EG zijn toegestaan, blijven van toepassing tot de geplande einddatum die in het ontheffingsbesluit is vastgesteld ’.

Uit bovenvermelde interpretatieve nota volgt overigens dat (pp. 6 en 7) :

‘ Exemptions for new infrastructure that have already been granted pursuant to Article 22 of Directive 2003/55/EC and Article 7 of Regulation (EC) 2003/1228 continue to apply until the expiry date stipulated in the exemption decision, also after entry into force of the Gas Directive and the Electricity Regulation (recital 35 Gas Directive and recital 23 Electricity Regulation). Unless provided otherwise in the exemption decisions themselves, such exemptions must not be altered by application of the provisions on new infrastructure set out in Article 36 Gas Directive and Article 17 Electricity Regulation. ’ [Vertaling : « Ontheffingen voor nieuwe infrastructuur die reeds zijn toegekend overeenkomstig artikel 22 van de richtlijn 2003/55/EG en artikel 7 van de verordening (EG) nr. 2003/1228 blijven van toepassing tot de in het ontheffingsbesluit vastgestelde vervaldatum, ook na de inwerkingtreding van de Gasrichtlijn en de Elektriciteitsverordening (considerans 35 van de Gasrichtlijn en considerans 23 van de Elektriciteitsverordening). Tenzij anders bepaald in de ontheffingsbesluiten zelf, mogen dergelijke ontheffingen niet worden gewijzigd door de toepassing van de bepalingen inzake nieuwe infrastructuur van artikel 36 van de Gasrichtlijn en artikel 17 van de Elektriciteitsverordening. »]

De garanties die zijn toegekend in het kader van de bovenvermelde internationale verdragen en die verworven rechten toekennen zijn sindsdien op geen enkele wijze in vraag gesteld door het Derde Energiepakket » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 105-106).

B.48.5. Uit het voorafgaande vloeit voort dat het behoud van de in het geding zijnde afwijkingen kan worden toegestaan door, enerzijds, de bekommernis om de bepalingen van het internationale verdrag na te leven dat de verwezenlijking van de IZT mogelijk heeft gemaakt en om aan de nationale regulerende instanties van elk van beide landen de mogelijkheid te bieden tot een akkoord te komen over de regeling van de IZT, alsook de noodzaak om rekening te houden met de bij de verwezenlijking van die infrastructuur

verworven rechten, en, anderzijds, het feit dat de richtlijn 2009/73/EG toestaat dat de afwijkingen die eerder in dat domein zijn toegekend, worden behouden, zoals de voormelde overweging 35 ervan aangeeft. De wetgever vermocht dus de door de verzoekende partij aangevoerde bepalingen van de voormelde richtlijn met betrekking tot de toegang van derden tot het gasvervoersnet en met betrekking tot de tarifiering ervan (artikel 32) en met betrekking tot de bevoegdheden van de nationale regulerende instantie over de grensoverschrijdende interconnecties (artikelen 36, 41, leden 6, onder c), en 9, en 42) niet op de IZT van toepassing te maken. Hoewel het juist is dat het voormelde internationale verdrag het de Staten mogelijk maakt, zoals de verzoekende partij aangeeft, tot een akkoord te komen over het wijzigen of opzeggen ervan, neemt zulks niet weg dat een dergelijk akkoord thans niet bestaat.

B.48.6. Het tweede onderdeel van het vierde middel is niet gegrond.

Derde onderdeel

B.49.1. In een derde onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 7 van de bestreden wet, dat artikel 7 van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het enkel voor de exploitanten van *offshore*-windmolenparken die op het transmissienet zijn aangesloten, in een regeling van toekenning van groenestroomcertificaten voorziet en ze bijgevolg weigert voor de andere exploitanten van *offshore*-windmolenparken.

B.49.2. Artikel 7 van de Elektriciteitswet zoals gewijzigd door de bestreden wet, bepaalde :

« § 1. Bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de commissie, kan de Koning :

1° maatregelen van marktorganisatie vaststellen, waaronder de instelling van een door de commissie beheerd systeem voor de toekenning van certificaten van oorsprongsgarantie en van groenestroomcertificaten voor elektriciteit geproduceerd overeenkomstig artikel 6, evenals het opleggen van een verplichting aan de netbeheerder om groenestroomcertificaten afgeleverd door de federale en gewestelijke overheden aan te kopen tegen een minimumprijs en te verkopen, teneinde de afzet op de markt te verzekeren, tegen een minimumprijs, van een minimumvolume elektriciteit geproduceerd met aanwending van hernieuwbare energiebronnen. De certificaten die worden toegekend aan installaties voor

elektriciteitsproductie vanuit wind in de zeegebieden waarover België zijn jurisdictie kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht en die het voorwerp uitmaken van een domeinconcessie zoals bedoeld bij artikel 6 genieten slechts van bovenvermelde verplichting tot aankoop tegen een minimumprijs op voorwaarde dat de elektriciteit die door deze installaties wordt geproduceerd en die het recht heeft verleend op het toekennen van certificaten rechtstreeks op het transmissienet wordt geïnjecteerd.

2° een mechanisme inrichten ter financiering van alle of een deel van de nettolasten die voortvloeien uit de in 1° bedoelde maatregelen.

Het in het eerste lid, 2°, bedoelde mechanisme wordt, in voorkomend geval, beheerd door de commissie en kan geheel of gedeeltelijk worden gefinancierd door een toeslag op de tarieven bedoeld in artikel 12 of door een heffing op alle of objectief bepaalde categorieën van energieverbruikers of marktoperatoren, volgens de nadere regels bepaald door de Koning in uitvoering van het eerste lid, 2°.

Elk besluit dat een toeslag of heffing zoals bedoeld in het tweede lid invoert, wordt geacht nooit uitwerking te hebben gehad indien het niet bij wet is bekrachtigd binnen de twaalf maanden na de datum van zijn inwerkingtreding.

Onder voorbehoud van het derde lid, kan de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de commissie de bepalingen van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, bekrachtigd bij artikel 427 van de programmawet (I) van 24 december 2002, wijzigen, vervangen of opheffen.

§ 1bis. In functie van onder meer de voorwaarden van beste technische praktijken, van verkoopprijs van elektriciteit en van financieringskost stelt de commissie jaarlijks een verslag op, voor toekomstige projecten, over de doeltreffendheid inzake kosten van de minimumprijs van de bovenvermelde aankoopverplichting door de netbeheerder van de groenestroomcertificaten die door de federale en gewestelijke overheden worden toegekend. Dit verslag wordt aan de minister overgezonden en op de internetsite van de commissie gepubliceerd.

Desgevallend kan de commissie een advies uitbrengen over de wenselijkheid om het bovenvermeld koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, met betrekking tot de hoogte van deze minimumprijs te wijzigen.

§ 2. Voor nieuwe installaties voor de productie van elektriciteit uit wind in de zeegebieden waarin België zijn rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht, die het voorwerp uitmaken van een in artikel 6 bedoelde domeinconcessie, staat de netbeheerder in voor één derde van de kostprijs van de onderzeese kabel met een maximumbedrag van 25 miljoen euro voor een project van 216 MW of meer. Deze financiering van 25 miljoen euro wordt naar rato verminderd, wanneer het project minder dan 216 MW bedraagt. In dit bedrag is begrepen de aankoop, de levering en de plaatsing van de onderzeese kabel alsmede de aansluitingsinstallaties, de uitrustingen en de aansluitingsverbindingen van voormelde productie-installaties. Deze financiering wordt over vijf jaar gespreid, *a rato* van één vijfde per jaar vanaf het begin van de werken. De commissie controleert de voor de financiering in aanmerking te nemen totale kosten op basis van de offerte of offertes die de titularis van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1, in

aanmerking neemt bij toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. De commissie voert deze controle uit binnen een periode van één maand na voorlegging van voornoemde offerte, of offertes, door de titularis van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1. Deze bijdrage wordt gestort in vijf gelijke schijven vanaf de maand volgend op de aanvang van de eerste werken, en elk volgend jaar op dezelfde datum.

In geval van het niet bereiken van de geplande 216 MW binnen de vijf jaren na het begin van de werken wordt een bedrag *pro rata* aan 25 miljoen euro teruggevorderd op initiatief van de minister, na advies van de commissie.

De betaling van iedere schijf gebeurt na aanvraag van de titularis van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1. Deze aanvraag omvat :

1° het bewijs van het uitvoeren van het vergund investeringsprogramma dat de commissie kan controleren, hetzij op basis van de door de titularis overgezonden stukken, hetzij ter plaatse;

2° de overlegging van het bewijs van het naleven van de fiscale en sociale wetgevingen en reglementeringen tijdens het afgesloten boekjaar voorafgaand aan de aanvraag tot betaling.

Zo de voorwaarden bedoeld in het derde lid niet zijn nageleefd, schort de minister, op voorstel van de commissie, de storting van de jaarlijkse schijf op. Zo die voorwaarden wegens overmacht niet worden nageleefd, en indien de economische bedrijvigheid van de onderneming verdergaat, kan het storten van de jaarlijkse schijf door de minister worden gehandhaafd.

In geval van intrekking van de machtiging tot betaling gebeurt de terugvordering van de betwiste stortingen op initiatief van de minister, via alle rechtsmiddelen.

De nadere regels van deze financiering zullen worden bepaald in een overeenkomst tussen de netbeheerder en de titularis van de domeinconcessie. De kostprijs van deze bijdrage die door de netbeheerder wordt gefinancierd is toerekenbaar aan de taken bedoeld in artikel 8.

§ 3. Voor de installaties bedoeld in § 2 wordt voor elke tijdseenheid de productieafwijking bepaald in kW. De commissie legt, op voorstel van de netbeheerder, de berekeningsmodaliteiten van de productieafwijking vast met inbegrip van de wijze waarop de meerkost in de tarieven van de netbeheerder wordt geïntegreerd, rekening houdend met volgende bepalingen :

1° de hoeveelheid energie die overeenkomt met een positieve procentuele productieafwijking lager dan of gelijk aan 30 % wordt door de netbeheerder aangekocht aan de marktreferentieprij, verminderd met 10 % wanneer de marktreferentieprij positief is of is toegenomen met 10 % wanneer de referentieprij van de markt negatief is;

2° de hoeveelheid energie die overeenkomt met een negatieve procentuele productieafwijking waarvan de absolute waarde lager is dan of gelijk is aan 30 % wordt door de netbeheerder bijgeleverd aan de concessionaris aan de marktreferentieprij, verhoogd met 10 % wanneer de marktreferentieprij positief is of is verminderd met 10 % wanneer de referentieprij van de markt negatief is;

3° de hoeveelheid energie die overeenkomt met de procentuele productieafwijking waarvan de absolute waarde 30 % overschrijdt wordt verrekend op basis van het tarief van de netbeheerder voor de compensatie van de onevenwichten, of, in voorkomend geval, overeenkomstig de marktvoorwaarden voor onbalansenergie.

§ 4. Voor de installatieprojecten bedoeld in § 2, ingediend tot 31 december 2007, en in het geval van intrekking van de domeinconcessie bedoeld in artikel 6, § 1, of van enig andere voor de totale realisatie van het project vereiste en door de federale overheid verleende vergunning of toelating, of in geval van stopzetting tijdens de opbouwfase van het project, ingevolge een besluit dat niet gebaseerd is op enige reglementaire basis, al of niet genomen na advies van de bevoegde instantie, zonder dat een voor de titularis van de domeinconcessie aanwijsbare nalatigheid of tekortkoming kan worden aangetoond, wordt voorzien in een maatregel zoals beschreven in het vierde lid, teneinde de investeringszekerheid van het project te garanderen, rekening houdend met het innoverende karakter van het project.

Op het ogenblik van de inwerkingtreding van de intrekking of stopzetting zoals beschreven in het eerste lid, wordt een evaluatie gemaakt door de commissie. Deze evaluatie houdt rekening met :

1° de totale jaarlijkse kost die de investeringen omvat, de exploitatiekosten alsook de financiële lasten;

2° de verschillende inkomsten voortvloeiend uit het vigerende reglementair kader en de mogelijkheden tot aankoop van energie.

De commissie stelt, op basis van de evaluatie in het tweede lid, de noodzakelijke aanpassingen voor aan de prijs van de met het project verbonden groenestroomcertificaten, teneinde een rentabiliteit te waarborgen die gelijkwaardig is aan een investering op lange termijn met gelijkaardige risico's, overeenkomstig de beste praktijken binnen de internationale financiële markten.

Binnen een termijn van zestig dagen na ontvangst van het voorstel van de commissie, bepaalt de Koning op basis van het voorstel van de commissie, bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de noodzakelijke aanpassingen aan de prijs van de met het project verbonden groenestroomcertificaten.

De commissie waakt over de verenigbaarheid tussen het voorstel en de vigerende regelgeving ».

B.49.3. Artikel 2 van de wet van 27 december 2012 houdende diverse bepalingen inzake energie (*Belgisch Staatsblad* van 28 december 2012, vierde editie) heeft de bestreden bepaling gewijzigd. Het bepaalt :

« In artikel 7, § 1, eerste lid, 1°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, laatst gewijzigd bij de wet van 8 januari 2012, wordt de zin ‘ de certificaten die worden toegekend aan installaties voor elektriciteitsproductie vanuit wind in de zeegebieden waarover België zijn jurisdictie kan uitoefenen overeenkomstig het

internationaal zeerecht en die het voorwerp uitmaken van een domeinconcessie zoals bedoeld bij artikel 6 genieten slechts van bovenvermelde verplichting tot aankoop tegen een minimumprijs op voorwaarde dat de elektriciteit die door deze installaties wordt geproduceerd en die het recht heeft verleend op het toekennen van certificaten rechtstreeks op het transmissienet wordt geïnjecteerd. ' opgeheven ».

Aangezien die wijziging geen terugwerkende kracht heeft, behoudt het derde onderdeel van het vierde middel zijn voorwerp.

B.49.4. De door de Ministerraad aangevoerde maar door de CREG betwiste omstandigheid dat de *offshore*-windmolenparken in de praktijk op het transmissienet zijn aangesloten, is een feitelijke omstandigheid die het door de verzoekende partij aangeklaagde verschil in behandeling niet kan verantwoorden. Dat verschil in behandeling wordt trouwens opgeheven door de werking van het in B.49.3 vermelde artikel 2 van de wet van 27 december 2012.

B.49.5. De Ministerraad voert bovendien de regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de Staat en de gewesten aan : volgens hem zijn die krachtens artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen immers bevoegd voor de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70 000 volt, zodat de federale wetgever niet in de regeling van toekenning van groenestroomcertificaten voor de exploitanten van *offshore*-windmolenparken die op het distributienet zijn aangesloten, had kunnen voorzien zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheden van de gewesten.

Een dergelijke verantwoording is niet toelaatbaar. In tegenstelling tot wat het geval is voor de andere hernieuwbare energiebronnen, met name de *onshore*-windmolens, die in principe door de gewesten worden bevorderd, houdt het feit dat de *offshore*-windmolens in de territoriale wateren zijn gelegen, immers in dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie als de regels inzake de financiering van de installaties betreft, integraal onder de bevoegdheid van de federale Staat vallen. In de parlementaire voorbereiding heeft de minister, in verband met een eventuele discriminatie ten aanzien van de *onshore*-windmolens, overigens eraan herinnerd :

« [De] federale Staat [is] bevoegd [...] voor [alles] wat de Noordzee betreft, terwijl de continentale windmolens tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten behoren. Om de doelstellingen van Kyoto te bereiken, heeft de regering aangegeven dat ze in dat soort van duurdere energie wil investeren. De positieve weerslag op het milieu rechtvaardigt dergelijke hogere kosten » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 16).

B.49.6. Aangezien de in B.49.1 en B.49.4 gedane vaststelling van de lacune is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen die toelaten de bestreden bepaling toe te passen met inachtneming van de referentienormen op grond waarvan het Hof zijn toetsingsbevoegdheid uitoefent, staat het aan de bevoegde rechter en overheid een einde te maken aan de schending van die normen.

B.49.7. Het derde onderdeel van het vierde middel is gegrond. Bijgevolg dient artikel 7 van de bestreden wet te worden vernietigd in zoverre het niet van toepassing is op de exploitanten van *offshore*-windmolenparken die niet op het transmissienet zijn aangesloten.

Vierde onderdeel

B.50.1. In een eerste subonderdeel van het vierde onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 25 van de bestreden wet, dat artikel 18*bis* van de Elektriciteitswet invoegt, in strijd is met artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het voor de bestaande gesloten industriële netten voorziet in het automatisch verkrijgen van de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net, terwijl de toekenning van die hoedanigheid volgens dat artikel 28 dient te geschieden door een instantie die de naleving controleert van de voorwaarden waarvan die hoedanigheid afhankelijk wordt gesteld. Die bepaling zou bovendien discriminerend zijn ten aanzien van de gesloten industriële netten die na de inwerkingtreding van de wet zijn opgericht.

B.50.2. Artikel 18*bis* van de Elektriciteitswet bepaalt :

« § 1. Elke natuurlijke of rechtspersoon die eigenaar is of beschikt over een gebruiksrecht op een net dat beantwoordt aan de criteria van een gesloten industrieel net dat uitsluitend is aangesloten op het transmissienet waarvan de nominale spanning hoger is dan 70 kilovolt en zoals bepaald bij artikel 2, 41°, mag dit net aan de commissie en aan de minister binnen een termijn van zes maanden volgend op de bekendmaking van 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 aanmelden en zich verbinden tot het naleven van de bepalingen die krachtens deze wet op hem van toepassing zijn. Door deze aanmelding verwerft hij de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net. De Algemene Directie Energie controleert, na advies van de commissie en van de netbeheerder, de technische conformiteit van het aangemelde gesloten industrieel net met het transmissienet. Hiertoe bezorgt de beheerder van het gesloten industrieel net, binnen de zes maanden na zijn melding, aan de Algemene Directie Energie het bewijs van de technische conformiteit van zijn gesloten industrieel net met het transmissienet. Een kopie van dit verslag wordt overgemaakt aan de netbeheerder alsook aan de commissie.

De minister kan, na advies van de commissie en van de netbeheerder, de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net toekennen aan de natuurlijke of rechtspersoon die eigenaar is van of een gebruiksrecht bezit op een net dat beantwoordt aan de criteria van een gesloten industrieel net dat uitsluitend is aangesloten op het transmissienet waarvan de nominale spanning hoger is dan 70 kilovolt en zoals bepaald bij artikel 2, 41°, die hierom verzoekt na de bekendmaking van 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, en die de criteria die door de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt voorzien zijn, naleeft.

De Algemene Directie Energie publiceert en actualiseert op haar internetsite de lijst van beheerders van gesloten industriële netten.

§ 2. In afwijking van de bepalingen van deze wet en meer bepaald van de artikelen 8 tot 10, 12 tot 12^{quinquies}, 18 en 22 moeten de beheerders van gesloten industriële netten zich slechts aan volgende verplichtingen houden :

a) elke beheerder van een gesloten industrieel net onthoudt zich, in het kader van deze functie, van elke discriminatie tussen de gebruikers van zijn gesloten industrieel net;

b) de beheerder van een gesloten industrieel net garandeert aan de gebruikers van zijn gesloten industrieel net het recht om hun elektriciteit bij de leverancier van hun keuze aan te kopen en om van leverancier te veranderen, zonder de duur en de modaliteiten van hun contracten in het gedrang te brengen, binnen maximaal drie weken. De gebruiker van een gesloten industrieel net kan de beheerder van dit net gelasten om voor en namens hem zijn in aanmerking komen uit te oefenen. Om rechtsgeldig te zijn, moet dit mandaat uitdrukkelijk worden voorzien en kunnen worden herzien per contractuele periode;

c) de beheerder van een gesloten industrieel net bepaalt de modaliteiten voor de aansluiting en de toegang tot dit net in een contract met de gebruikers van het gesloten industrieel net. Deze contracten preciseren met name :

1° de minimumeisen inzake het technisch ontwerp en de werking van de op het gesloten industrieel net aangesloten installaties, het maximale aansluitingsvermogen en de kenmerken van de geleverde stroom;

2° de commerciële modaliteiten voor de aansluiting op en de toegang tot het gesloten industrieel net;

3° de voorwaarden voor onderbreking van de aansluiting wegens niet-naleving van de contractuele verplichtingen of omwille van de veiligheid van het gesloten industrieel net.

Deze contracten moeten transparant en niet-discriminerend zijn. Zij moeten eveneens bepalen dat de commissie bevoegd is in geval van betwisting door een gebruiker van het gesloten industrieel net van de op dit net toegepaste tarieven. Iedere beslissing van de commissie ter zake kan het voorwerp uitmaken van een beroep bij het hof van beroep te Brussel overeenkomstig artikel 29*bis*.

De afsluiting van deze contracten is afhankelijk van de vestiging van de gebruiker van het gesloten industrieel net op het gesloten industrieel net;

d) de beheerder van een gesloten industrieel net bezorgt de gebruikers van het gesloten industrieel net dat hij beheert :

1° een gedetailleerde en duidelijke factuur, gebaseerd op hun verbruik of eigen injecties en op de in dit artikel bedoelde tariefbeginselen en/of tarieven;

2° een juiste verdeling, op hun facturen, van de meerkosten toegepast op de transmissiefacturen, met naleving van de beginselen van iedere meerkost;

3° de mededeling van de relevante gegevens van hun verbruik en/of injecties, evenals de informatie voor een efficiënte toegang tot het net;

e) de beheerder van een gesloten industrieel net garandeert de vertrouwelijke behandeling van de commercieel gevoelige informatie van de gebruikers van zijn net, waarvan hij kennis heeft in het kader van zijn activiteiten, uitgezonderd elke wettelijke verplichting tot het vrijgeven van informatie;

f) de beheerder van een gesloten industrieel net bewijst de technische conformiteit van zijn net met de relevante bepalingen uit het technisch reglement ingevoerd met toepassing van artikel 11, waaronder die betreffende de aansluiting;

g) de beheerder van een gesloten industrieel net exploiteert en onderhoudt zijn net en houdt hierbij toezicht, gelet op de kenmerken van het gesloten industrieel net, op de veiligheid, betrouwbaarheid en efficiëntie van dit net, en dit in economisch aanvaardbare omstandigheden, met respect voor het milieu en de energie-efficiëntie.

§ 3. In afwijking van de bepalingen van deze wet en met name van haar artikelen 12 tot 12*quinqüies* past iedere beheerder van een gesloten industrieel net alsook iedere beheerder van een gesloten distributienet, voor zover de toepasselijke regionale bepalingen een regime van gesloten distributienet implementeren, voor de aansluiting, de toegang en de ondersteunende diensten van toepassing op dit net, tariefbeginselen en/of tarieven toe in overeenstemming met volgende richtsnoeren :

1° de tariefbeginselen en/of tarieven zijn niet-discriminerend, gebaseerd op de kosten en een redelijke winstmarge;

2° de tariefbeginselen en/of tarieven zijn transparant; zij worden uitgewerkt in functie van hun parameters en worden vooraf door de beheerder van het gesloten industrieel of het gesloten distributienet meegedeeld aan de netgebruikers en de bevoegde reguleratoren;

3° het tarief dat door de beheerder van een gesloten industrieel of distributienet op de gebruikers van dit net wordt toegepast, omvat de kosten voor toegang, aansluiting en ondersteunende diensten, alsook desgevallend, de kosten die verband houden met de bijkomende lasten die het gesloten industrieel of distributienet moet dragen om het transmissie- of distributienet waarop hij aangesloten is te gebruiken. De beheerder van het gesloten industrieel net wordt gelijkgesteld met de netgebruikers die geen distributienetbeheerders zijn voor de toepassing van de tarieven die toegepast worden door de netbeheerder op de beheerder van het gesloten industrieel net;

4° de afschrijvingstermijnen en de winstmarges worden door de beheerder van het gesloten industrieel of distributienet gekozen binnen de marges tussen de waarden die hij toepast in zijn belangrijkste bedrijfssector en de marges die worden toegepast in de distributienetten;

5° de tariefbeginselen zijn, wat de aansluiting, de versterking ervan en de vernieuwing van de uitrusting van het net betreft, afhankelijk van de mate van socialisering of individualisering van de investeringen eigen aan de locatie, rekening houdend met het aantal gebruikers van het gesloten industrieel of distributienet.

§ 4. Gevallen van gemengde gesloten netten waarvan het spanningsniveau zowel federale als regionale bevoegdheden impliceert, maken het voorwerp uit van overleg ».

B.50.3. Artikel 18*bis* van de voormelde Elektriciteitswet is identiek aan artikel 15/9*bis* van de Gaswet, ingevoegd bij artikel 80 van de bestreden wet. Bij zijn arrest nr. 98/2013 van 9 juli 2013 heeft het Hof dat artikel 80 wegens een schending van de bevoegdheidverdelende regels vernietigd « in zoverre het artikel 15/9*bis*, §§ 1, 2 en 4, in de voormelde wet van 12 april 1965 invoegt en in zoverre die bepalingen van toepassing zijn op de gesloten industriële netten die binnen het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn ».

B.50.4. Het vierde onderdeel van het vierde middel moet dus enkel worden onderzocht in zoverre het betrekking heeft op artikel 18*bis* van de Elektriciteitswet, op artikel 15/9*bis*, § 3, van de Gaswet en op de paragrafen 1, 2 en 4 van die bepaling voor zover zij slaan op de gesloten industriële netten die niet binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn.

B.50.5. Uit het voormelde artikel 18*bis*, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet blijkt dat de Algemene Directie Energie ermee is belast de technische conformiteit van de bestaande gesloten industriële netten te controleren. Aangezien artikel 28, lid 1, van de richtlijn bepaalt dat de aanwijzing geschiedt door de nationale regulerende instantie of door een andere bevoegde instantie, kon de wetgever de Algemene Directie Energie met de genoemde controle belasten. Het is juist, zoals de verzoekende partij in haar memorie van antwoord doet opmerken, dat de bestreden bepaling ook erin voorziet dat de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net wordt verworven door de aanmelding waarin in die bepaling is voorzien. De controlebevoegdheid waarmee de volgende zin de Algemene Directie Energie bekleedt, houdt evenwel in, tenzij aan die bepaling elk nuttig effect wordt ontnomen, dat men de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net zou kunnen verliezen indien die controle tot een negatief resultaat zou leiden. Onder dat voorbehoud schendt de bestreden bepaling de door de verzoekende partij aangevoerde bepalingen niet.

B.50.6. Bovendien kan de loutere omstandigheid dat de gesloten industriële netten die vóór de inwerkingtreding van de bestreden wet in dienst zijn genomen, aan een andere regeling zouden zijn onderworpen dan die waarin is voorzien voor de gesloten industriële netten die na die inwerkingtreding zijn opgericht, op zich geen discriminatie doen ontstaan.

Om te antwoorden op de argumentatie van de Ministerraad, wijst de verzoekende partij erop dat zij een verschil in behandeling tussen gesloten industriële netten in het geding brengt dat niet berust op de omstandigheid dat zij bij de inwerkingtreding van de wet al dan niet operationeel zouden zijn, maar op de omstandigheid dat de netbeheerder, binnen de termijn van zes maanden waarin in de bestreden bepaling is voorzien, al dan niet zou overgaan tot de in die bepaling bedoelde aanmelding. Die kritiek komt echter neer op een nieuw middel, dat bijgevolg niet ontvankelijk is.

B.50.7. Het eerste subonderdeel van het vierde onderdeel van het vierde middel is niet gegrond, onder het in B.50.6 vermelde voorbehoud.

B.50.8. Hetzelfde geldt met betrekking tot artikel 15/9*bis*, § 1, van de Gaswet in zoverre het, rekening houdend met B.50.3, van toepassing blijft op de gesloten industriële netten die niet binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn.

B.51.1. In een tweede subonderdeel van het vierde onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 25 van de bestreden wet, dat artikel 18*bis*, §§ 2 en 3, van de Elektriciteitswet invoegt, in strijd is met artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de erkenning van de hoedanigheid van beheerder van een gesloten industrieel net inhoudt dat de beheerder wordt onderworpen aan een regeling die afwijkt van die waarin voor de andere beheerders is voorzien, terwijl alleen de regulerende instantie ertoe is gemachtigd afwijkingen toe te kennen en terwijl die regeling discriminaties doet ontstaan tussen actoren uit de sector.

B.51.2. Het in B.50.2 weergegeven artikel 18*bis*, §§ 2 en 3, van de Elektriciteitswet wijkt met betrekking tot de gesloten industriële netten af van de artikelen 8 tot 10, 12 tot 12*quinqies*, 18 en 22 van dezelfde wet, die de verplichtingen definiëren waaraan de netbeheerders zijn gehouden.

Die bepaling werd als volgt voorgesteld in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat de bestreden wet is geworden :

« Rekening houdend met het geheel van deze eigenschappen en teneinde de juridische zekerheid van deze historische situaties te waarborgen, voorziet dit voorontwerp van wet [in] de invoering van een afwijkend stelsel voor de gesloten industriële netten : de beheerders van deze netten zijn slechts onderworpen aan minimale verplichtingen, vermeld in artikelen 25 en 81 en zijn vrijgesteld van andere verplichtingen die aan de elektriciteit- en aardgasbedrijven zijn opgelegd. Het zou immers onlogisch zijn om de beheerders van de gesloten industriële netten die diensten verlenen om het gebruik van de bestaande transmissienetten te optimaliseren, te onderwerpen aan het geheel van verplichtingen die rusten op de netbeheerders » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 18-19).

De wetgever vermocht te oordelen dat de situatie van de gesloten industriële netten voldoende verschilde van die van de andere netten opdat de eerstgenoemde aan minder zware verplichtingen kunnen worden onderworpen dan die welke aan de laatstgenoemde zijn opgelegd. In dat verband vermocht hij te verwijzen naar overweging 30 van de richtlijn 2009/72/EG, waarin wordt vermeld :

« Waar gebruikgemaakt wordt van een gesloten distributiesysteem om optimale efficiëntie van een geïntegreerde energievoorziening te waarborgen waarbij specifieke exploitatienormen nodig zijn, of waar een gesloten distributiesysteem primair ten behoeve van de eigenaar van het systeem wordt gehandhaafd, moet de distributiesysteembeheerder kunnen worden vrijgesteld van verplichtingen die een onnodige administratieve belasting zouden vormen gezien de bijzondere aard van de betrekking tussen de distributiesysteembeheerder en de gebruikers van het systeem. Industrie- of commerciële locaties of locaties met gedeelde

diensten, zoals spoorwegstations, luchthavens, ziekenhuizen, grote campings met geïntegreerde faciliteiten of chemische-industriële locaties kunnen een gesloten distributiesysteem hebben wegens de specifieke aard van hun activiteiten ».

Voor het overige vermeldt de verzoekende partij niet de verplichtingen waarvan zou kunnen worden bekritiseerd dat de beheerders van gesloten industriële netten ervan worden vrijgesteld; zij kan in elk geval te hunnen aanzien de controlebevoegdheden uitoefenen waarmee zij bij artikel 23 van de wet is bekleed.

B.51.3. De verzoekende partij bekritiseert het verschil in behandeling dat uit artikel 18*bis*, §§ 2 en 3, zou voortvloeien tussen de beheerders van gesloten industriële netten en de beheerders van gesloten distributienetten. Dat verschil in behandeling, dat enkel uit artikel 18*bis*, § 2, voortvloeit - aangezien artikel 18*bis*, § 3, met betrekking tot de tarieven, op beiden van toepassing is -, wordt verantwoord door de omstandigheid dat de in artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bedoelde bevoegdheid om de gesloten distributienetten te regelen, toekomt aan de gewesten en niet aan de federale Staat, met uitzondering van de tariefaangelegenheden. Het verschil in behandeling vloeit dus voort uit het feit dat de bestreden bepalingen zijn aangenomen overeenkomstig de regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten die verbieden dat daarin bepalingen worden opgenomen die aan de gesloten distributienetten andere verplichtingen opleggen dan die met betrekking tot de tariefaangelegenheden.

B.51.4. De verzoekende partij bekritiseert het verschil in behandeling dat uit het in B.50.2 weergegeven artikel 18*bis*, § 4, van de Elektriciteitswet zou voortvloeien tussen de beheerders van gesloten industriële netten en de beheerders van gemengde gesloten netten, aangezien die laatsten de op de eerstgenoemden van toepassing zijnde regeling niet kunnen genieten.

Het voormelde artikel 18*bis*, § 4, voorziet in overleg tussen de federale Staat en de gewesten met betrekking tot de gevallen van gemengde gesloten netten waarvan het spanningsniveau een bevoegdheidsverdeling tussen de Staat en de gewesten inhoudt. Die vloeit voort uit artikel 6, § 1, VII, van de voormelde bijzondere wet van 8 augustus 1980 dat aan de gewesten onder meer de distributie van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70 000 volt, met uitzondering van de

tariefaangelegenheden, voorbehoudt, en uit artikel 6, § 3, van dezelfde bijzondere wet dat voorziet in overleg tussen de betrokken Regeringen over iedere maatregel op het gebied van het energiebeleid, buiten de in de voormelde paragraaf 1 opgesomde bevoegdheden. Aangezien de maatregelen met betrekking tot de gemengde gesloten netten waarvan het spanningsniveau van meer dan 70 000 volt een bevoegdheidsverdeling tussen de Staat en de gewesten inhoudt, tot die categorie van maatregelen behoren, heeft de wetgever, door de bestreden bepaling aan te nemen, een maatregel genomen die in overeenstemming is met de regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten en die daardoor het door de verzoekende partij bekritiseerde verschil in behandeling kan verantwoorden.

B.51.5. De verzoekende partij bekritiseert het verschil in behandeling dat door het voormelde artikel 18bis, §§ 2 en 3, van de Elektriciteitswet zou worden teweeggebracht tussen de gebruikers van de gesloten industriële netten en de beheerders ervan, aangezien enkel die laatstgenoemden de in de bestreden bepalingen bedoelde afwijkende regeling genieten.

In artikel 2, 43° en 44°, van de Elektriciteitswet worden de gebruiker en de beheerder van een gesloten industrieel net als volgt gedefinieerd :

« Art. 2. Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder :

[...]

43° ‘ gesloten industrieel netbeheerder ’ : natuurlijke of rechtspersoon, die eigenaar is van een gesloten industrieel net, of die beschikt over een gebruiksrecht op een dergelijk net;

44° ‘ gebruiker van een gesloten industrieel net ’ : een eindafnemer aangesloten op een gesloten industrieel net ».

Uit die definities blijkt dat zowel de gebruiker als de netbeheerder gebruik maken van het gesloten industriële net, zodat zij, in tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert, vergelijkbare categorieën ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vormen.

Die twee categorieën van personen bevinden zich evenwel, rekening houdend met de verplichtingen die enkel aan de netbeheerders zijn opgelegd, in essentieel verschillende situaties. Het bekritiseerde verschil in behandeling is bijgevolg niet onverantwoord en kan

bovendien des te minder worden bekritiseerd daar de gebruikers van een gesloten industrieel net, die per definitie niet aan een afwijkende regeling zijn onderworpen, de waarborgen genieten die aan alle netgebruikers worden geboden.

B.51.6. De verzoekende partij bekritiseert ten slotte het verschil in behandeling dat door artikel 18bis, §§ 2 en 3, van de Elektriciteitswet zou worden teweeggebracht tussen de beheerders van gesloten industriële netten en de andere actoren uit de sector, aangezien hun de waarborg wordt ontzegd die de door de nationale regulerende instantie uitgeoefende controle uitmaakt en waaraan de bestreden bepalingen afbreuk doen door in een afwijkend statuut voor de beheerders van een gesloten industrieel net te voorzien.

Uit wat in B.51.2 tot B.51.5 is vermeld, vloeit voort dat de afwijkende regeling waarin voor die beheerders is voorzien, op een verantwoording berust die niet als onredelijk kan worden aangemerkt. Die regeling is bijgevolg niet discriminerend ten aanzien van de andere actoren uit de sector en doet daarenboven geen afbreuk aan de controlebevoegdheden die artikel 23 van de Elektriciteitswet aan de verzoekende partij verleent.

B.51.7. Het tweede subonderdeel van het vierde onderdeel van het vierde middel is niet gegrond.

B.51.8. Hetzelfde geldt met betrekking tot artikel 15/9bis, § 3, van de Gaswet en met betrekking tot de paragrafen 2 en 4 van die bepaling in zoverre zij, rekening houdend met B.50.3, van toepassing blijven op de gesloten industriële netten die niet binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn.

B.52.1. In een derde subonderdeel van het vierde onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 2, 21°, van de bestreden wet, dat artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd is met artikel 28, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre de bestreden bepalingen de huishoudelijke afnemers uitsluiten van de personen die kunnen worden bediend door een gesloten industrieel net, bedoeld in artikel 18bis van de Elektriciteitswet, ingevoegd bij artikel 25 van de bestreden wet, terwijl het voormelde artikel 28, lid 4, hen niet uitsluit.

B.52.2. Artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet bepaalt :

« Art. 2. Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder :

[...]

41° ‘ gesloten industrieel net ’ : een net binnen een geografisch afgebakende industriële of commerciële locatie of een locatie met gedeelde diensten dat in de eerste plaats bestemd is om eindafnemers te bedienen die op deze site zijn gevestigd, dat geen huishoudelijke afnemers van elektriciteit bevoorraadt en waarin :

a) om specifieke technische en veiligheidsredenen, de werking of het productieproces van de gebruikers van dit net is geïntegreerd; of

b) de elektriciteit in hoofdzaak aan de eigenaar of de beheerder van het gesloten industriële net of aan de daarmee verwante bedrijven wordt geleverd ».

B.52.3. Uit artikel 28, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG blijkt dat die niet verbiedt om de in artikel 28, lid 2, bedoelde afwijkende regeling toe te kennen aan de gesloten industriële distributienetten die worden gebruikt door een klein aantal huishoudens die werkzaam zijn bij of vergelijkbare betrekkingen hebben met de eigenaar van dat net.

B.52.4. De door de Ministerraad voorgestelde verzoenende interpretatie volgens welke de bestreden bepaling het de huishoudelijke afnemers mogelijk zou maken een gesloten industrieel net te genieten, druist in tegen de tekst van die bepaling en kan niet in aanmerking worden genomen. Niets wijst erop in welk opzicht het verantwoord zou zijn om aan de huishoudelijke afnemers een mogelijkheid te ontzeggen die hun, zelfs beperkt tot een incidenteel gebruik van het net, bij de richtlijn wordt geboden.

B.52.5. Het derde subonderdeel van het vierde onderdeel van het vierde middel is gegrond.

B.52.6. Hetzelfde geldt met betrekking tot de bepalingen van de Gaswet.

B.52.7. Bijgevolg dienen de woorden « , dat geen huishoudelijke afnemers van elektriciteit bevoorraadt » in artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet, gewijzigd bij artikel 2, 21°, van 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 produkten en andere door middel van leidingen, en de woorden « , dat geen huishoudelijke afnemers bevoorraadt » in artikel 1, 56°, van de Gaswet, gewijzigd bij artikel 55, 17°, van de voormelde wet van 8 januari 2012, te worden vernietigd.

B.53.1. In een vierde subonderdeel van het vierde onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 2, 21°, van de bestreden wet, dat het voormelde artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd is met artikel 28, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het een gesloten industrieel net de mogelijkheid zou bieden eindafnemers te bedienen die niet op de locatie van het gesloten net zijn gevestigd.

B.53.2. Uit de definitie van het gesloten industriële net die in het in B.52.2 weergegeven artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet is gegeven, blijkt dat het gaat om een « net binnen een geografisch afgebakende [...] locatie [...] dat in de eerste plaats bestemd is om eindafnemers te bedienen die op deze site zijn gevestigd, dat geen huishoudelijke afnemers van elektriciteit bevoorraadt ». De precisering « in de eerste plaats » laat uitschijnen, zoals de verzoekende partij aanvoert, dat eindafnemers daarnaast door het net zouden kunnen worden bediend buiten de locatie waarbinnen dat net is gevestigd.

B.53.3. Niets wijst erop in welk opzicht het verantwoord zou zijn om aan afnemers die vreemd zijn aan die locatie, een mogelijkheid te bieden waarin artikel 28, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG niet voorziet. De andersluidende interpretatie die in de memorie van toelichting aan de bestreden bepaling is gegeven, volgens welke die mogelijkheid niet zou kunnen worden geboden aan de afnemers die vreemd zijn aan de locatie (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 16), kan niet in aanmerking worden genomen aangezien zij door de tekst van de bestreden bepaling wordt tegengesproken.

B.53.4. Het vierde subonderdeel van het vierde onderdeel van het vierde middel is gegrond.

B.53.5. Hetzelfde geldt met betrekking tot de bepalingen van de Gaswet.

B.53.6. Bijgevolg dienen de woorden « in de eerste plaats » in artikel 2, 41°, van de Elektriciteitswet, gewijzigd bij artikel 2, 21°, van 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 produkten en andere door middel van leidingen », en de woorden « in de eerste plaats » in artikel 1, 56°, van de Gaswet, gewijzigd bij artikel 55, 17°, van de voormelde wet van 8 januari 2012, te worden vernietigd.

B.54.1. In een vijfde subonderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 55, 17°, van de bestreden wet, dat artikel 1, 57°, van de Gaswet wijzigt, de natuurlijke of rechtspersoon die een eindafnemer via zijn aansluitingspunt aan het aardgasvervoersnet zonder financiële prestatie of compensatie laat afnemen, uitsluit van het begrip « beheerder van een gesloten industrieel net ».

B.54.2. Artikel 1, 57°, van de Gaswet bepaalt :

« Artikel 1. Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder :

[...]

57° ‘ beheerder van gesloten industrieel net ’ : natuurlijke of rechtspersoon, eigenaar van een gesloten industrieel net, of die beschikt over een gebruiksrecht op een dergelijk net. De natuurlijke of rechtspersoon die een eindafnemer via zijn aansluitingspunt aan het aardgasvervoersnet zonder financiële prestatie of compensatie laat afnemen, is geen beheerder van een gesloten industrieel net ».

B.54.3. De grief is gebaseerd op de omstandigheid dat de tweede zin van artikel 1, 57°, van de Gaswet niet voorkomt in de overeenstemmende bepaling van de Elektriciteitswet (artikel 2, 43°). Hij kwam voor in het wetsontwerp maar werd eruit verwijderd ingevolge een opmerking van de afdeling wetgeving van de Raad van State (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 272).

B.54.4. Het is juist, zoals de Ministerraad beklemtoont, dat in de memorie van toelichting de beheerder van een gesloten industrieel net in de Gaswet in dezelfde bewoordingen wordt gedefinieerd als die welke in artikel 2, 43°, van de Elektriciteitswet zijn gehanteerd (*ibid.*, pp. 85-86). Indien de wetgever de bedoeling had zich te houden aan de bewoordingen van artikel 2, 43°, om zich te conformeren aan het advies van de Raad van State, is het behoud van de uitsluiting in de tweede zin van artikel 1, 57°, van de Gaswet het resultaat van een onoplettendheid.

De Ministerraad kan evenwel niet worden gevolgd wanneer hij aanvoert dat inzake gas moet worden verwezen naar de in de Elektriciteitswet gegeven definitie van beheerder van een gesloten industrieel net, aangezien het niet is verantwoord om in een zelfde wet dezelfde betekenis te geven aan bepalingen die in verschillende bewoordingen zijn opgesteld.

B.54.5. Het vijfde subonderdeel van het vierde onderdeel van het vierde middel is gegrond.

Vijfde onderdeel

B.55.1. De verzoekende partij klaagt aan dat de artikelen 2 en 26 van de bestreden wet, die de artikelen 2, 42°, en 18ter van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd zijn met artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre zij de regeling van de gesloten industriële netten van toepassing maken op het tractienet spoor, terwijl het elektrische tractienet spoor, gesteld dat het aan de voormelde richtlijn is onderworpen, geen gesloten net is.

B.55.2. De artikelen 2, 42°, en 18ter van de Elektriciteitswet bepalen :

« Art. 2. Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder :

[...]

42° ‘ tractienet spoor ’ : elektrische installaties van de spoorweginfrastructuurbeheerder die nodig zijn voor de uitbating van het spoorwegnet, waaronder installaties voor het transformeren en overbrengen van elektrische stroom ten behoeve van de diensten van tractie, veiligheid, seinwezen, telecommunicatie, wissels en verlichting, onderstations en bovenleidingen;

[...]

Art. 18ter. De bepalingen met betrekking tot een gesloten net, zoals vermeld in artikel 18bis, zijn van toepassing op het tractienet spoor voor zover de wet van 4 december 2006 betreffende het gebruik van de spoorweginfrastructuur in geen andere regeling voorziet ».

B.55.3. De wetgever heeft geoordeeld dat het tractienet spoor werd beoogd in de richtlijn 2009/72/EG en heeft met betrekking tot dat net ernaar gestreefd een tenuitvoerlegging van die richtlijn te waarborgen die verenigbaar is met die van de

richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering. In de parlementaire voorbereiding wordt in dat verband vermeld :

« Het begrip ‘ tractienet ’ is het deel van de spoorweginfrastructuur die moet worden beschouwd als een ondeelbaar geheel in de zin van de wet van 4 december 2006 op het gebruik van spoorweginfrastructuur (*Belgisch Staatsblad*, 23 januari 2007). Verre van het creëren van een aparte categorie van gesloten netten zoals naar voor geschoven door de afdeling wetgeving van de Raad van State in advies nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, zijn specifieke bepalingen voorzien voor netten die toebehoren aan de beheerder van de spoorweginfrastructuur of waarvoor deze laatste beschikt over een gebruiksrecht, voor zover de voorwaarden van een gesloten industrieel net vervuld zijn.

[...]

Artikel 28 van richtlijn 2009/72/EG met betrekking tot ‘ gesloten distributiesystemen ’ moet effectief worden gelezen op constructieve wijze en verenigbaar met deze laatste richtlijn 2001/14/EG die eveneens van toepassing is op infrabel in haar hoedanigheid van beheerder van de spoorweginfrastructuur. Aldus moet artikel 28 van richtlijn 2009/72/EG, in zover het een gesloten distributienet beperkt tot een ‘ geografisch afgebakende [...] locatie ’, aangezien het een spoorwegnet beoogt, van toepassing zijn in overeenstemming met voornoemde richtlijn 2001/14/EG. Bij toepassing van die richtlijn zou het begrip spoorwegnet het gehele Belgische grondgebied moeten dekken.

[...]

De Europese Unie voert zowel voor de spoorwegen als de energiesector een beleid dat is gericht op een vrijmaking van de respectievelijke sector. Daarbij opteert zij voor een sectorgerichte aanpak. Er zijn specifieke richtlijnen voor de spoorwegsector en voor de elektriciteitssector. Beiden hebben ook eigen regulatoren. Omdat de treinen op elektriciteit rijden bestaat er een link tussen beide regelgevingen. Zo dienen ook de treinoperators te kunnen beschikken over een vrije leverancierskeuze. In die zin is het tractienet dan ook een gesloten distributienet conform de richtlijn 2009/72/EG. Tegenstrijdigheden tussen beide regelgevingen moeten worden vermeden. Zo bepaalt de spoorwegwetgeving dat de vergoeding van de elektrische installaties gebeurt via het rijpad dat deel uitmaakt van de Netverklaring. De technische specificaties voor de installatie van de energiemeters aan boord van treinen en locomotieven wordt geregeld via een internationale spoorwegspecificatie. Enkel in geval de spoorwegwetgeving geen eigen bepalingen heeft, dient de energieregelgeving te worden toegepast. Op deze wijze kan ook beter rekening worden gehouden met de eigenheden van de spoorwegsector » (*Parl. St.*, Kamer, 2011-2012, DOC 53-1725/003, pp. 2, 3 en 4).

B.55.4. Aangezien het begrip « spoorwegnet » het gehele Belgische grondgebied moet bestrijken voor de toepassing van de voormelde richtlijn 2001/14/EG, kon de wetgever, teneinde de toepassing van beide richtlijnen met elkaar te verzoenen, overeenkomstig de

richtlijn 2009/72/EG aan het tractienet spoor het statuut van gesloten industrieel net verlenen met een gebied dat met hetzelfde grondgebied overeenstemt; rekening houdend met dat doel kan dat gebied worden beschouwd als de « geografisch afgebakende [...] locatie » waarnaar artikel 28 van de richtlijn 2009/72/EG verwijst zonder ze te definiëren.

B.55.5. Het vijfde onderdeel van het vierde middel is niet gegrond.

NIET VERBETERDE KOPIE

Om die redenen,

het Hof

- vernietigt

1) in de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen :

. de woorden « in de eerste plaats » en « , dat geen huishoudelijke afnemers bevoorraadt » in artikel 1, 56°, gewijzigd bij artikel 55, 17°, van 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 produkten en andere door middel van leidingen »;

. artikel 1, 57°, tweede zin, gewijzigd bij artikel 55, 17°, van de voormelde wet van 8 januari 2012;

. het woord « natuurlijke » in artikel 8/3, § 1/1, derde lid, ingevoegd bij artikel 62, 3°, van de voormelde wet van 8 januari 2012;

. de woorden « in overleg met de Algemene Directie Energie » in artikel 15/1, § 3, 7°, en de woorden « , in samenwerking met de Algemene Directie Energie, » in artikel 15/14, § 2, 30°, respectievelijk ingevoegd bij artikel 65, 4°, en bij artikel 87, 9°, van de voormelde wet van 8 januari 2012; [Beschikking tot verbetering van 17 september 2013]

2) in de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt :

. de woorden « in de eerste plaats » en « , dat geen huishoudelijke afnemers van elektriciteit bevoorraadt » in artikel 2, 41°, gewijzigd bij artikel 2, 21°, van de voormelde wet van 8 januari 2012;

. het woord « natuurlijke » in artikel 9, § 1, zesde lid, ingevoegd bij artikel 9, 5°, van de voormelde wet van 8 januari 2012;

. artikel 20bis, § 2, tweede lid, ingevoegd bij artikel 29 van de wet van 8 januari 2012, in zoverre het niet voorziet in de publicatie van de indexeringsformules voor de levering van elektriciteit aan kleine en middelgrote ondernemingen;

. de zin « *Er wordt eveneens een algemene raad opgericht.* » en de woorden « *en de algemene raad* » in artikel 24, § 1, vervangen bij artikel 38, 1°, van de voormelde wet van 8 januari 2012; [Beschikking tot verbetering van 17 september 2013]

3) in 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 produkten en andere door middel van leidingen » :

. artikel 7, in zoverre het niet van toepassing is op de exploitanten van *offshore*-windmolenparken die niet op het transmissienet zijn aangesloten;

. artikel 15, in zoverre het artikel 12, § 2, tweede lid, ii), van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt wijzigt;

. artikel 16, in zoverre het artikel 12bis, § 2, tweede lid, ii), van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt wijzigt;

. artikel 24, 3°;

. artikel 38, 6°;

. artikel 71, in zoverre het artikel 15/5bis, § 2, tweede lid, ii), van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen wijzigt;

. artikel 72, in zoverre het artikel 15/5ter, § 2, tweede lid, ii), van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen wijzigt;

. artikel 76, 3° en 7°, in zoverre het de paragrafen 1^{ter}, 3 en 4 in artikel 15/5^{duodecies} van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen invoegt;

- verwerpt het beroep voor het overige, onder voorbehoud van de interpretaties vermeld in B.25.3, B.25.5, B.44.4, B.44.8, B.45.3, B.45.5, B.50.5 en B.50.8.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 7 augustus 2013.

De griffier,

De voorzitter,

F. Meersschaut

R. Henneuse