

Rolnummer 4969
Arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van artikel 41 van de wet van 15 december 2009 « houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens 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 », ingesteld door de nv « Electrawinds » en anderen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en R. Henneuse, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey en P. Nihoul, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 22 juni 2010 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 23 juni 2010, is beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 41 van de wet van 15 december 2009 « houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens 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 23 december 2009) door de nv « Electrawinds », de nv « Electrawinds West-Vlaanderen » en de nv « Electrawinds Brugge », alle drie met maatschappelijke zetel te 8400 Oostende, John Cordierlaan 9.

Memories zijn ingediend door :

- de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), met zetel te 1040 Brussel, Nijverheidsstraat 26-38;
- de Ministerraad.

De verzoekende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend; de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) en de Ministerraad hebben memories van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 16 maart 2011 :

- zijn verschenen :
 - . Mr. B. Schutyser, advocaat bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partijen;
 - . Mr. D. Verhoeven, tevens *loco* Mr. D. Lindemans, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG);
 - . Mr. J.-F. De Bock en Mr. V. De Schepper, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers L. Lavrysen en J.-P. Moerman 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 -

Wat de ontvankelijkheid betreft

A.1.1. De verzoekende partijen betogen dat zij door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig worden geraakt, omdat de bestreden validatie een wettelijke basis creëert om injectietarieven op te leggen aan de tweede en de derde verzoekende partij, die dochterondernemingen zijn van de eerste verzoekende partij. Hoewel de verzoekende partijen hernieuwbare energie produceren, worden hun toch dergelijke injectietarieven opgelegd, aangezien zij volgens de distributienetbeheerder aangesloten zijn op infrastructuurdelen waarvoor zij aanzienlijke bijkomende kosten genereren. Indien de verzoekende partijen die injectietarieven zouden doorrekenen aan hun klanten, zou dit volgens hen de concurrentie met kernenergie en energie uit fossiele brandstoffen onmogelijk maken.

Indien de door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 8 juni 2009 onwettig geachte bepalingen van het koninklijk besluit van 2 september 2008 niet door de bestreden bepaling met terugwerkende kracht zouden zijn bekrachtigd, zouden de verzoekende partijen minstens voor het jaar 2009 zijn vrijgesteld van de injectietarieven. Minstens zouden zij over de rechtsmiddelen beschikken om de aan hen opgelegde injectietarieven voor de gewone rechter of voor de Raad van State aan te vechten.

A.1.2. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : CREG) stelt dat zij met betrekking tot haar situatie direct zou kunnen worden geraakt door de beslissing van het Hof, aangezien elk distributietarief krachtens artikel 12octies, § 2, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt vooraf door haar moet worden goedgekeurd. Die bevoegdheid komt aan de CREG toe als gevolg van de omzetting van 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 » (hierna : de Tweede Elektriciteitsrichtlijn). Het door de bestreden bepaling bekrachtigde koninklijk besluit van 2 september 2008 zou op advies van de CREG tot stand zijn gekomen. Aldus zou de CREG partij zijn bij hangende rechtsgedingen waarin tarifaire beslissingen van de CREG werden aangevochten, terwijl de verzoekende partijen precies de invloed van de bestreden bepaling op hangende rechtsgedingen aanvechten.

A.1.3. De Ministerraad is van oordeel dat het onderhavige beroep onontvankelijk is ten aanzien van de eerste verzoekende partij, aangezien zij enkel elektriciteit produceert, maar die niet injecteert in het distributienet.

Ten aanzien van de tweede en de derde verzoekende partij zou het beroep onontvankelijk zijn omdat de wettelijke basis van de injectietarieven niet te herleiden valt tot de bestreden bepaling. Het opleggen van een injectietarief zou overigens in de eerste plaats afhangen van een beslissing van de distributienetbeheerders. Overigens zou de bestreden bekrachtiging hun geen rechtsmiddelen ontnemen voor de gewone of de administratieve rechter. Zij hebben immers geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het bekrachtigde koninklijk besluit aan te vechten met een annulatieberoep bij de Raad van State. Overigens zouden de injectietarieven overeenstemmen met de Europese richtlijnen inzake elektriciteit.

A.1.4. De Ministerraad wijst erop dat de middelen die in het verzoekschrift worden aangevoerd, slechts kunnen leiden tot de vernietiging van de bestreden bepaling in zoverre die de bepalingen van het koninklijk besluit van 2 september 2008 bekrachtigt die betrekking hebben op de injectietarieven, met name artikel 11, § 1, vijfde lid, van dat koninklijk besluit. Tegen de bekrachtiging van de overige componenten van dat koninklijk besluit worden immers geen grieven aangevoerd.

Ook wat die injectietarieven zelf betreft, wijst de Ministerraad erop dat de verzoekende partijen geen inhoudelijke gronden, zoals het discriminatoir karakter ervan, aanvoeren. Aangezien het derhalve onmogelijk zou zijn om na te gaan welke bepalingen het voorwerp van het onderhavige beroep uitmaken, zou het verzoekschrift onontvankelijk zijn bij gebrek aan uiteenzetting van de middelen.

A.1.5. De verzoekende partijen zetten uiteen dat de eerste verzoekende partij de tweede en de derde verzoekende partij controleert. De omstandigheid dat een verzoekende partij niet eerder de vernietiging heeft gevorderd van een norm die wordt gewijzigd door de bestreden bepalingen, is niet van dien aard dat zij haar

belang verliest. Voorts zou de draagwijdte van het onderhavige beroep voldoende duidelijk zijn, aangezien het slechts één wetsartikel betreft, dat een koninklijk besluit bekrachtigt, terwijl de uiteenzetting van de middelen duidelijk zou maken dat die bekrachtiging ongrondwettig is. Tot slot zou dat koninklijk besluit wel degelijk voor inhoudelijke kritiek vatbaar zijn, met name wat de overeenstemming met het EU-recht betreft.

Wat het eerste middel betreft

A.2.1. In hun eerste middel voeren de verzoekende partijen aan dat de bestreden bepaling het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, met het algemene beginsel van het verbod op retroactiviteit, met het rechtszekerheidsbeginsel en met het beginsel van het respect voor het gezag van rechterlijk gewijsde, schendt, door een koninklijk besluit dat door een rechter onwettig werd bevonden en buiten toepassing werd gelaten, te bekrachtigen vanaf de datum van inwerkingtreding ervan.

A.2.2. De verzoekende partijen zetten uiteen dat het koninklijk besluit van 2 september 2008 door het Hof van Beroep te Brussel onwettig werd bevonden in een arrest van 8 juni 2009, omdat aan de Raad van State ten onrechte een advies bij hoogdringendheid werd gevraagd en omdat het overleg met de vertegenwoordigers van de gewesten niet in het Overlegcomité plaatsvond. Als gevolg van dat arrest kon elke opwekker van hernieuwbare energie de onwettigheid van de hem opgelegde injectietarieven aanvoeren.

A.3.1. Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is volgens de verzoekende partijen geschonden doordat de wetgever de categorie van personen waartoe de verzoekende partijen behoren, de juridische mogelijkheid zou hebben ontnomen om voor de burgerlijke en de administratieve rechter de verweermiddelen aan te voeren die betrekking hebben op de onwettigheid van het koninklijk besluit van 2 september 2008.

A.3.2. Voor die ongelijke behandeling zou geen redelijke verantwoording bestaan, aangezien de in de memorie van toelichting gegeven verantwoording geen buitengewone omstandigheid of dwingend motief van algemeen belang zou aantonen.

Het motief dat rechtsonzekerheid dient te worden tegengegaan, gaat volgens de verzoekende partijen niet op, aangezien het arrest van het Hof van Beroep van 8 juni 2009 geen rechtsonzekerheid doet ontstaan, maar veeleer rechtszekerheid brengt door de onwettigheid van het koninklijk besluit van 12 september 2008 vast te stellen. Die vaststelling doet volgens de verzoekende partijen voor de overheid de rechtsplicht ontstaan om dat besluit niet meer toe te passen en om een nieuw koninklijk besluit te nemen, maar niet om het onwettige besluit met terugwerkende kracht te bekrachtigen. Voorts is er volgens de verzoekende partijen geen tegenstrijdige rechtspraak en bijgevolg geen rechtsonzekerheid. Veeleer zou er, in lijn met de vaste rechtspraak van het Hof, sprake zijn van rechtsonzekerheid indien een onwettig besluit aan elke wettigheidskritiek zou worden onttrokken.

Ook het motief dat de competitiviteit van de ondernemingen dient te worden gevrijwaard, zou niet opgaan, aangezien de plicht om een nieuw besluit te nemen in plaats van het onwettige besluit te valideren, de competitiviteit van de ondernemingen niet in het gedrang zou brengen.

Het werkelijke motief van de wetgever zou dan ook erin bestaan de nadelige financiële gevolgen van het arrest van het Hof van Beroep van 8 juni 2009 recht te zetten en zich de in het koninklijk besluit vervatte discriminatie tussen gedecentraliseerde en gecentraliseerde productie van energie eigen te maken.

A.3.3. De verzoekende partijen voeren aan dat de voormelde omstandigheden dienen te worden gezien in het licht van de vaststelling dat de wetgever reeds voor de tweede opeenvolgende maal in dezelfde materie gebruik maakt van de techniek van de wetgevende validatie. Aan het koninklijk besluit van 2 september 2008 ging immers een koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende dezelfde materie vooraf. Ook dat koninklijk besluit werd onwettig bevonden en ook dat besluit is door de wetgever gevalideerd. In die omstandigheden was het beroep op de techniek van de wetgevende validatie volgens de verzoekende partijen meer gerechtvaardigd, aangezien de rechtsbasis van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 intussen was gewijzigd. Die rechtvaardiging zou voor de bestreden bepaling niet voorhanden zijn.

A.4. De verzoekende partijen voeren aan dat, zelfs indien de aangevoerde motieven zouden kunnen verantwoorden dat van de techniek van de wetgevende validatie gebruik wordt gemaakt, diezelfde motieven nog niet kunnen rechtvaardigen dat die validatie met terugwerkende kracht geschiedt. Aangezien de wetgever niet

kon weten of er gedingen betreffende het koninklijk besluit van 2 september 2008 aanhangig waren, diende de terugwerkende kracht volgens de verzoekende partijen te worden verantwoord door uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang.

Nochtans zou er in de parlementaire voorbereiding geen enkele verantwoording terug te vinden zijn waarom aan de bestreden bepaling terugwerkende kracht diende te worden toegekend. Bijgevolg zou er geen sprake kunnen zijn van een verantwoording die onontbeerlijk is in het licht van uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang. De competitiviteit van ondernemingen en het vermijden van nefaste gevolgen voor de distributienetbeheerders zouden niet dergelijke motieven uitmaken.

A.5.1. Volgens de CREG is de bestreden bepaling in strijd met de door de verzoekende partijen aangevoerde toetsingsnormen, zij het niet vanwege de door de verzoekende partijen aangevoerde motieven, waarop de CREG niet ingaat, maar vanwege een bijkomend argument dat betrekking heeft op een aangevoerde schending van het EU-recht. Volgens de CREG verhelpt de bekrachtiging de problemen van intern recht, maar doet zij niet af aan de strijdigheid van de inhoud van de norm met het EU-recht. Het Hof zou die argumenten in het kader van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kunnen behandelen zonder het eerste middel uit te breiden, aangezien een onderscheiden regeling van vervoers- en doorvoertarieven onbestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het Hof zou overigens een middel dat verwant is met het middel dat in het verzoekschrift is aangevoerd, wel in aanmerking mogen nemen. Overigens zou de bevoegdheid van de energieregulator de openbare orde raken, zodat het Grondwettelijk Hof dat middel desnoods ambtshalve dient op te werpen. Eveneens zou het Grondwettelijk Hof een dergelijk middel ambtshalve moeten opwerpen vanwege het beginsel van de voorrang van het Unierecht. Een verlenging of bekrachtiging van met het Unierecht strijdige regels zou op zichzelf in strijd zijn met het Unierecht. Elke rechter is verplicht het Unierecht integraal toe te passen en de door dat recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen.

A.5.2. De *in casu* beweerdelijk geschonden bepalingen van EU-recht zijn de leden 2 en 3 van artikel 23 van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn. Krachtens die bepalingen stelt de regulator zelf de tarieven vast; indien hij niet zelf de tarieven vaststelt, moet hij ten minste de tarifaire methoden vaststellen. Wel wordt toegestaan dat de tarifaire methoden aan een andere instantie worden voorgelegd, maar slechts indien die instantie geen andere bevoegdheid heeft dan het louter goedkeuren of afkeuren van de voorstellen van de regulator, zonder mogelijkheid om ze te wijzigen. Die ruime autonomie van de CREG, die niet verenigbaar is met een hiërarchisch of administratief toezicht en die voortvloeit uit het EU-recht, zou recent nog door het Hof zijn erkend.

In het koninklijk besluit van 2 september 2008 zou de Koning de plaats van de regulator hebben ingenomen door op meerdere aspecten van de tarifaire methode de voorstellen van de CREG fundamenteel te wijzigen. Die wijzigingen hebben onder meer betrekking op het gereguleerd actief (artikel 4), de modaliteiten van kostenbeheersing door de verhoging van de efficiëntie van de netbeheerders (artikelen 31 en 32), de modaliteiten van de beoordeling van het redelijke karakter van de kosten (artikel 33), de waarde van de bètafactor (artikel 7) en de termijnen voor de uitvoering van de verschillende stappen van de tarifaire procedure (artikel 17, § 1, tweede lid). De bevoegde minister zou overigens hebben toegegeven dat de voorstellen van de CREG substantieel werden gewijzigd.

A.5.3. De bekrachtiging van dat koninklijk besluit door de bestreden bepaling lost volgens de CREG de schending van het EU-recht niet op. Enerzijds, is de wetgever eveneens een « relevante instantie » in de zin van artikel 23, lid 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn; anderzijds, beschikt de wetgever net zoals de Koning over geen enkele bevoegdheid om van de richtlijn af te wijken door het voorstel van de CREG te wijzigen. Die bekrachtiging zelf zou zodoende het EU-recht schenden.

A.5.4. Tot slot wijst de CREG in dit kader op 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 », die tegen 3 maart 2011 diende te worden omgezet. Die richtlijn schaft de mogelijkheid af om de tarifaire methode voor te leggen aan een relevante instantie en beschouwt het bepalen van de tarifaire methode voortaan als een exclusieve bevoegdheid van de regulator. Volgens de CREG dient elk rechtscollege rekening te houden met een richtlijn die in werking is getreden, zelfs voordat de omzettingstermijn ervan verstreken is.

A.6.1. Wat het middel van de verzoekende partijen betreft, betoogt de Ministerraad allereerst dat de bekrachtiging van het koninklijk besluit van 2 september 2008 geen gelijke situaties verschillend behandelt, aangezien de gevolgen van de bekrachtiging ten aanzien van iedereen gelden. Zodoende zouden alle rechtsonderhorigen gedurende dezelfde periode alle kansen hebben gehad om de beschikbare rechtsmiddelen aan

te wenden en zouden niet specifiek aan decentrale elektriciteitsproducenten kansen zijn ontnomen. Bovendien zouden zij nooit gebruik hebben gemaakt van die rechtsmiddelen, aangezien zij nooit een exceptie van onwettigheid bij de burgerlijke rechter hebben opgeworpen, noch een annulatieberoep bij de Raad van State hebben ingeleid. Bovendien zouden de verzoekende partijen niet alle rechtsmiddelen zijn ontnomen, aangezien een beroep bij het Hof - zoals het onderhavige beroep - of prejudiciële vragen nog mogelijk zijn.

A.6.2. In ondergeschikte orde voert de Ministerraad aan dat de bestreden bekrachtiging een legitiem doel nastreeft, te weten het herstel van de rechtszekerheid. Het buiten toepassing laten van een koninklijk besluit geldt immers slechts *inter partes*, maar raakt niet het bestaan van dat besluit zelf, dat in een ander geschil wel of niet buiten toepassing zou kunnen worden gelaten. Het Hof zou in een dergelijke context reeds eerder hebben geoordeeld dat de wetgever vermag die rechtsonzekerheid te verhelpen.

In casu was een dergelijke rechtsonzekerheid ontstaan, doordat de grondslag van de tarieven van de regulatoire periode 2009-2012 als gevolg van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 8 juni 2009 precair was geworden. De gevolgen van dat juridische vacuüm zouden nadelig zijn voor iedereen, zowel de distributienetbeheerders als alle gebruikers. Bijgevolg zou sprake zijn van een dwingende reden van algemeen belang.

A.6.3. De Ministerraad beklemtoont daarnaast dat het Hof van Beroep te Brussel het koninklijk besluit van 2 september 2008 niet ter discussie heeft gesteld op inhoudelijk vlak, maar dat het enkel een aantal vormvereisten heeft afgekeurd. Daarom mocht de wetgever volgens de Ministerraad oordelen dat een nieuw koninklijk besluit niet vereist was, maar dat de vormgebreken konden worden rechtgezet door het precaire koninklijk besluit te bekrachtigen.

Tijdens de totstandkoming van die bekrachtigingsbepaling werden volgens de Ministerraad de beide vormvoorschriften wel nageleefd. Zo zou het advies van de Raad van State zijn gevraagd en zou ook het vereiste overleg met de gewesten hebben plaatsgehad, ditmaal niet enkel met vertegenwoordigers van de bevoegde ministers, maar binnen het Overlegcomité. Tijdens dat overleg zou het advies van de CREG zijn gevraagd, maar dat advies zou niet doen uitschijnen dat het stelsel van injectietarieven dient te worden afgeschaft.

De inhoud van de bestreden regeling zou bijgevolg, nu de formele vereisten zijn vervuld, niet vatbaar zijn voor juridische kritiek.

A.6.4. Dezelfde overwegingen bieden volgens de Ministerraad een afdoende motivering voor de terugwerkende kracht van de bestreden bepaling. De terugwerkende kracht tot 2 september 2008 zou immers de toepassing verzekeren van de door het Hof van Beroep te Brussel buiten toepassing gelaten besluiten. Die terugwerkende kracht zou de afloop van hangende procedures niet beïnvloeden en zou geen rechtscolleges verhinderen zich uit te spreken over een rechtsvraag, zodat geen uitzonderlijke omstandigheden dienen te worden aangetoond.

A.6.5. Uit de omstandigheid dat in het kader van de injectietarieven de techniek van de wetgevende validatie reeds voor de tweede maal wordt toegepast, mag volgens de Ministerraad niet worden afgeleid dat de overheid die techniek banaliseert. Veeleer zou daaruit het belang moeten blijken dat de wetgever hecht aan de rechtszekerheid inzake de tarieven van elektriciteit en gas. Bovendien merkt de Ministerraad op dat de eerste validatie, bij wet van 21 december 2007, niet werd aangevochten bij het Grondwettelijk Hof, hoewel zij ook terugwerkende kracht had tot aan de datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 11 juli 2002.

Bovendien houdt de bekrachtiging geen wijziging in van de inhoud van het koninklijk besluit, zodat de wetgever niets anders zou hebben gedaan dan bepalingen te bevestigen waarvan de adressaten reeds de draagwijdte kenden.

A.7.1. De Ministerraad is van oordeel dat het Hof het eerste middel, zoals ingevuld door de CREG in haar memorie van tussenkomst, onontvankelijk dient te verklaren, aangezien het in feite een nieuw middel betreft. Het Hof zou een door een tussenkomende partij gesuggereerd middel niet ontvankelijk kunnen verklaren, maar zou het wel ambtshalve kunnen opwerpen indien het de openbare orde raakt. *In casu* zou de beweerde schending van artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn geen verband houden met het eerste middel zoals dat in het verzoekschrift is geformuleerd, aangezien dat middel louter de bekrachtiging met terugwerkende kracht van een koninklijk besluit aanvoert. De CREG zou dit zelf aantonen door toe te geven dat zij geen probleem ziet in de techniek van de wetgevende validatie en door voor het overige niet bij te dragen tot het debat betreffende het eerste middel van de verzoekende partijen. Het door de CREG opgeworpen probleem, dat erin

bestaat dat de Koning het voorstel van de CREG zou hebben gewijzigd alvorens het goed te keuren, zou met die bekrachtiging geen verband houden.

Daarnaast zou het door de CREG opgeworpen probleem niet de openbare orde raken, zodat het Hof geenszins verplicht is het ambtshalve op te werpen. De CREG zou overigens de rechten van verdediging schenden door te stellen dat haar grieven de openbare orde raken zonder daarvoor argumenten aan te dragen. De taken van een regulator zouden niet de openbare orde raken en ook het feit dat een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in het geding is, volstaat niet om te besluiten dat de onderhavige zaak de openbare orde raakt. Ook artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn zou niet de openbare orde raken.

De Ministerraad beklemtoont dat de CREG overigens de mogelijkheid had om zelf een beroep tot vernietiging in te stellen tegen de bestreden bepaling, maar heeft nagelaten om dat te doen. De beroepstermijn van zes maanden zou bestaan ter wille van de rechtszekerheid en zou zodoende wel de openbare orde raken.

Tot slot stelt de Ministerraad dat het Hof niet ambtshalve de schending van een bepaling van EU-recht dient op te werpen louter op grond van het beginsel van de voorrang van het EU-recht. De bestreden bepaling zou overigens de volle werking van het EU-recht niet beletten.

A.7.2. De bewering dat de Koning het voorstel van de CREG zou hebben gewijzigd alvorens het goed te keuren, is volgens de Ministerraad gericht tegen het koninklijk besluit van 2 september 2008 en niet tegen de bestreden bepaling.

A.7.3. De Ministerraad betoogt dat de CREG reeds in de loop van 2008 de meerjarentarieven voor de regulatoire periode 2009-2012 heeft goedgekeurd, zodat een wijziging ervan slechts mogelijk zou zijn voor de periode 2013-2016.

A.7.4. De Ministerraad zet tevens uiteen dat de Koning het voorstel van de CREG heeft aangepast omdat het onvoldoende volledig, duidelijk en toepasbaar was. Bovendien zou inzake de injectietarieven de wijziging beperkt zijn tot vormelijkheden.

A.7.5. Tot slot zou er geen sprake zijn van een schending van het EU-recht, aangezien de Tweede Elektriciteitsrichtlijn geen bevoegdheden rechtstreeks zou toekennen aan de regulator die door het bekrachtigde koninklijk besluit of door de bestreden bekrachtigingsbepaling aan de CREG zouden zijn ontzegd.

A.8. De verzoekende partijen stellen dat het zonder belang is dat een bekrachtiging *erga omnes* geldt, nu het in het bijzonder de door het bekrachtigde besluit benadeelde personen zijn die door die bekrachtiging worden geraakt. Zelfs indien het koninklijk besluit van 2 september 2008 niet vatbaar zou zijn voor inhoudelijke kritiek, zou dat volgens de verzoekende partijen niet ter zake doen, aangezien het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zulks niet vereist. Het onderhavige beroep tegen de bekrachtigingsbepaling zou niet aantonen dat het koninklijk besluit nog kan worden aangevochten, aangezien het beroep formeel niet tegen het koninklijk besluit is gericht.

De Ministerraad kan volgens de verzoekende partijen redelijkerwijze betwisten dat de bestreden bekrachtiging tot doel had de competitiviteit van de ondernemingen te waarborgen, aangezien de parlementaire voorbereiding die doelstelling expliciet verwoordt. Er zou niet in te zien vallen hoe de rechtsplicht voor de overheid om een onwettig koninklijk besluit inzake injectietarieven niet meer toe te passen en om een nieuw besluit voor te bereiden, de competitiviteit van de ondernemingen in het gedrang kan brengen.

Wat het tweede middel betreft

A.9.1. In hun tweede middel voeren de verzoekende partijen aan dat de bestreden bepaling artikel 6, § 1, VII, en § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, in samenhang gelezen met het evenredigheidsbeginsel inzake bevoegdheidsverdeling, schendt, doordat de federale wetgever een maatregel heeft genomen die tot de bevoegdheid van de gewesten inzake energie behoort.

A.9.2. Hoewel het bepalen van de tarieven krachtens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen tot de federale bevoegdheden blijft behoren, zouden de injectietarieven voor het gebruik van het distributienet tot de bevoegdheden van de gewesten behoren. De federale bevoegdheden

inzake energie zijn volgens de verzoekende partijen, gelet op het gebruik van « te weten » in de aanhef van het tweede lid van artikel 6, § 1, VII, van de voormelde bijzondere wet, limitatief te interpreteren. Tevens zouden de enige federale aangelegenheden inzake energie diegene zijn die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op federaal vlak behoeven. De productie van energie, zoals bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de voormelde bijzondere wet, zou bijgevolg slechts federale materie zijn in zoverre die productie een nationale relevantie heeft. Decentrale productie van groene stroom zou daar bijgevolg niet onder kunnen vallen. Inzake tarieven zou hetzelfde dienen te gelden : de federale overheid heeft geen bevoegdheid inzake alle tarieven, maar enkel over diegene die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, hetgeen haar bevoegdheid voor de injectietarieven voor decentrale productie van groene stroom zou uitsluiten.

A.9.3. Aldus zou het bekrachtigde koninklijk besluit volgens de verzoekende partijen de Vlaamse regelgeving inzake groenestroomcertificaten en de Vlaamse betrachting om de groene energie te bevorderen, doorkruisen. De door de federale overheid nagestreefde doelen zouden weliswaar mogen aansluiten bij de door de gewesten nagestreefde doelen, maar zouden slechts het neven doel van die federale maatregel vormen en zouden nooit de uitoefening door de gewesten van hun bevoegdheid onmogelijk of overdreven moeilijk mogen maken.

Nochtans zouden *in casu* de Vlaamse maatregelen inzake groene stroom alle relevantie verliezen, nu de producenten van die groene stroom toch op federaal vlak dienen te betalen voor de injectie in het distributienet. In het Vlaams Parlement werd unaniem een resolutie aangenomen die dit probleem vaststelt en ook in het Waals Parlement en bij de Waalse energieregulator CWaPE zouden dezelfde bezwaren worden geuit. Er is volgens de verzoekende partijen geen verantwoording voorhanden voor het onmogelijk maken van de uitoefening van de gewestelijke bevoegdheden inzake de bevordering van hernieuwbare energie.

A.10. Volgens de CREG is de federale overheid wel degelijk bevoegd voor de injectietarieven voor de decentrale productie voor hernieuwbare energie. Allereerst zou de bevoegdheid inzake tarifiering exclusief toekomen aan de federale overheid. De federale injectietarieven zouden immers alle vormen van gedecentraliseerde productie viseren en niet specifiek gericht zijn op elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen. In zijn advies bij de totstandkoming van het bekrachtigde koninklijk besluit zou de Raad van State overigens geen bevoegdheidsprobleem hebben opgemerkt.

De CREG betoogt ook dat niet kan worden aangetoond dat de federale injectietarieven de uitoefening van de gewestelijke bevoegdheden overdreven zouden bemoeilijken. Indien de gewesten van mening zijn dat de federale tarieven ongewenste effecten hebben, zouden zij over voldoende mechanismen beschikken om dat te ondervangen.

De door de verzoekende partijen aangehaalde bronnen zouden een louter politieke kritiek betreffen, maar geen juridische relevantie hebben. Een complementaire uitoefening van bevoegdheden in nauw verbonden materies zou overigens geenszins het uitoefenen van elkaars bevoegdheden verhinderen. Hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling beneden een drempel van vijf megawatt zouden overigens op gelijke voet worden behandeld met klassiek opgewekte elektriciteit en boven die drempel zou elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en uit warmtekrachtkoppeling zelfs een voorkeurbehandeling krijgen, doordat die wordt vrijgesteld van het injectietarief indien geen aanzienlijke kosten dienen te worden gemaakt voor de aansluiting op het distributienet.

Tot slot wijst de CREG op een advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, van 9 november 2010 betreffende een voorstel van decreet dat als doelstelling heeft producenten van elektriciteit door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling vrij te stellen van de injectietarieven. In dat advies zou worden geoordeeld dat de injectietarieven binnen de federale bevoegdheid vallen, ook indien zij betrekking hebben op hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling.

A.11. De Ministerraad zet uiteen dat het energiebeleid is opgevat als een gedeelde exclusieve bevoegdheid. De tarieven zouden tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren. Dat de gewesten bevoegd zijn voor de nieuwe energiebronnen zou daaraan geen afbreuk doen. De federale bevoegdheid zou immers niet zo mogen worden geïnterpreteerd dat de tarieven alleen door de federale wetgever kunnen worden geregeld indien zij betrekking hebben op technisch en economisch ondeelbare energiebronnen. Veeleer zou moeten worden vastgesteld dat de ondeelbaarheid inherent is aan alle tarieven, zodat ook de injectietarieven tot de bevoegdheid van de federale overheid zouden behoren.

De uitoefening door de federale overheid van die bevoegdheid bemoeilijkt volgens de Ministerraad niet op buitenmatige wijze de uitoefening van de gewestbevoegdheden. Er anders over oordelen zou de federale tariefbevoegdheid uithollen. Het doel van de injectietarieven zou overigens niet zijn om de decentrale productie te bestraffen, maar om de kosten van de injectie van de opgewekte elektriciteit in het distributienet toe te wijzen in overeenstemming met het principe van de kostenreflectiviteit. Veeleer zou een gewestelijke bevoegdheid inzake injectietarieven een buitenmatige impact hebben op het federale tariefbeleid.

A.12. Volgens de verzoekende partijen minimaliseren de Ministerraad en de CREG de impact van de bestreden bepaling en van het onderliggende koninklijk besluit op het gewestelijke beleid. Krachtens die normen kan immers aan de decentrale producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen een injectietarief worden opgelegd, wat rechtstreeks ingaat tegen het gewestelijke beleid inzake subsidies voor de bevordering van hernieuwbare energiebronnen. De steunmaatregelen die het Vlaamse Gewest toekent, dienen door de begunstigen immers als injectietarief te worden doorgestort aan de distributienetbeheerders ingevolge de bestreden bepaling. De federale wetgever zou zo elke doeltreffendheid ontnemen aan het gewestelijke beleid en het praktisch onuitvoerbaar maken.

- B -

Wat de bestreden bepaling betreft

B.1.1. Artikel 41 van de wet van 15 december 2009 « houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens 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 » bepaalt :

« Het koninklijk besluit van 2 september 2008 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit wordt bekrachtigd. Deze bepaling heeft uitwerking op 12 september 2008 ».

B.1.2. De artikelen 9 tot 14 van het aldus bekrachtigde koninklijk besluit bepalen de algemene tariefstructuur, die krachtens artikel 9, § 1, van dat koninklijk besluit de volgende tarieven omvat :

« 1° Niet-periodieke tarieven voor de aansluiting op het distributienet, bedoeld in artikel 10 van dit besluit;

2° Periodieke tarieven, zoals bedoeld in artikel 11 :

2° 1. de tarieven voor het gebruik van het net;

2° 2. het tarief openbare dienstverplichtingen;

2° 3. het tarief in verband met het gebruik van het transportnet;

3° de periodieke tarieven voor de ondersteunende diensten, bedoeld in artikel 12 van dit besluit ».

Artikel 11, § 1, van dat koninklijk besluit bepaalt :

« De tarieven voor het gebruik van het distributienet omvatten :

1° het basistarief voor het gebruik van het net (tarief voor onderschreven en bijkomend vermogen);

2° het tarief voor het systeembeheer;

3° het tarief ter vergoeding van het ter beschikking stellen van toestellen voor het meten, tellen en opnemen.

De tarieven bedoeld in § 1, 1°, vergoeden de netstudies, de algemene beheerskosten exclusief de kosten systeembeheer, de afschrijvingen, de financieringskosten, de onderhoudskosten.

Het basistarief voor het gebruik van het net is voor de klantengroepen TR HS, 26-1kV, en TR LS deels functie van het door de netgebruiker afgenomen vermogen en deels functie van de actieve energie geïnjecteerd of afgenomen door een netgebruiker in het distributienet en van de tariefperiode (normale uren/stille uren).

Voor de netgebruikers van de klantengroep LS is het basistarief voor het gebruik van het net functie van de actieve energie geïnjecteerd of afgenomen door een netgebruiker in het distributienet en van de tariefperiode. Voor diezelfde categorie netgebruikers mag, om onnodige capaciteitsuitbreidingen te vermijden en de optimalisatie van deze capaciteiten te verzekeren, volgens te bepalen criteria, een vermogensterm verbonden met de reële gemeten verbruikspieken toegepast worden op bestaande aansluitingen met zulke piekmeting.

Het basistarief voor het gebruik van het net is niet van toepassing voor productie-eenheden met een vermogen kleiner dan of gelijk aan 5 MWe.

De bepaling voorzien in de vorige alinea is ook toepasselijk op productie-eenheden van elektriciteitsopwekking via hernieuwbare energiebronnen of via kwalitatieve warmtekrachtkoppeling waarvan het geïnstalleerde vermogen groter is dan 5 MWe, behalve wanneer deze productie-eenheden aangesloten zijn op infrastructuurdelen waarvoor het belang van dit type eenheden aanzienlijke bijkomende kosten genereert.

Inzake het tarief bedoeld in § 1, 1°, neemt de distributienetbeheerder de nodige maatregelen zodat het elektriciteitsverbruik van elke eindafnemer aangesloten op het distributienet die over een tweevoudige uurmeter beschikt, gedurende het weekend op de nachtteller van de tweevoudige uurmeter wordt geregistreerd en bijgevolg gefactureerd wordt overeenkomstig het tarief geldend tijdens de tariefperiode nacht. Het is de distributienetbeheerders, noch de leveranciers toegelaten de eventuele nadelen van de

registratie van het elektriciteitsverbruik gedurende het weekend op de nachtmeter, te verhalen op eindafnemers op laagspanningnet met een enkelvoudige uurmeter.

Het tarief bedoeld in § 1, 2°, vergoedt het systeembeheer, de afschrijvingen en de financiering van de activa voor het beheer van het systeem. Dit tarief is functie van de actieve energie geïnjecteerd of afgenomen door een netgebruiker in het distributienet.

Specifieke kosten van systeembeheer, aangegaan voor de sturing en opvolging van autoproducenten, aangesloten op het distributienet, worden in een bijkomend tarief aan deze netgebruikers aangerekend.

Dit laatste tarief is functie van de op kwartuurbasis door een netgebruiker geïnjecteerde of afgenomen actieve bruto begrensde energie en van de klantengroep en wordt door de netbeheerder aan de houder van het toegangscontract of de distributienetbeheerder gefactureerd.

Het tarief bedoeld in § 1, 3°, vergoedt het ter beschikking stellen van toestellen voor het meten, tellen en opnemen, inclusief de verzameling en de overdracht van de gegevens en informatie met betrekking tot een in aanmerking komende afnemer wanneer deze van leverancier verandert.

Het tarief bestaat uit een vaste term in functie van de meetopstelling : continu gelezen meters AMR, maandelijks opgenomen meters MMR of jaaropgenomen meters ».

Wat de ontvankelijkheid betreft

B.1.3. Aan de verzoekende partijen kunnen met toepassing van artikel 11 van het voormelde koninklijk besluit de zogenaamde « injectietarieven » worden opgelegd indien het vermogen van hun productie-eenheden niet kleiner dan of gelijk aan 5 MWe is en indien hun productie-eenheden aangesloten zijn op infrastructuurdelen waarvoor het belang van dit type eenheden aanzienlijke bijkomende kosten genereert.

Uit de aan het Hof voorgelegde stukken blijkt dat de distributienetbeheerder de verzoekende partijen daadwerkelijk injectietarieven aanrekent voor de regulatoire periode 2009-2012.

B.1.4. Bij een arrest van 8 juni 2009 heeft het Hof van Beroep te Brussel het voormelde koninklijk besluit buiten toepassing gelaten op grond van artikel 159 van de Grondwet, aangezien de Koning aan de Raad van State ten onrechte een advies bij hoogdringendheid

heeft gevraagd en het verplichte overleg met de gewesten niet binnen het Overlegcomité heeft plaatsgevonden.

Gelet op die onwettigheid beschikten de verzoekende partijen over een rechtsmiddel om de aan hen opgelegde injectietarieven te betwisten. De door de bestreden bepaling doorgevoerde bekrachtiging, die terugwerkt tot op de datum van inwerkingtreding van het bekrachtigde koninklijk besluit, heeft als doel die rechtsmiddelen onwerkzaam te maken door in een wettelijke basis te voorzien voor de injectietarieven.

Bijgevolg doen de verzoekende partijen blijken van het rechtens vereiste belang bij de vernietiging van die bepaling.

B.2.1. Om te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof moeten de middelen van het verzoekschrift te kennen geven welke van de regels waarvan het Hof de naleving waarborgt, zouden zijn geschonden, alsook welke de bepalingen zijn die deze regels zouden schenden, en uiteenzetten in welk opzicht die regels door de bedoelde bepalingen zouden zijn geschonden.

Die bepaling vereist derhalve dat de verzoekende partijen zelf aangeven welke de artikelen zijn die volgens hen een schending uitmaken van de in de middelen uiteengezette normen waarvan het Hof de naleving verzekert.

B.2.2. Het verzoekschrift is gericht tegen één wettelijke bepaling, in zoverre die het voormelde koninklijk besluit bekrachtigt. Uit de uiteenzetting van het eerste middel blijkt dat de verzoekende partijen de bestreden wetgevende bekrachtiging ongrondwettig achten doordat zij hun rechtsmiddelen ontnemen ten aanzien van het voormelde koninklijk besluit. Bijgevolg is de draagwijdte van het onderhavige beroep voldoende duidelijk.

De exceptie wordt verworpen.

Ten gronde

B.3. Het onderzoek van de overeenstemming van de in het geding zijnde bepaling met de bevoegdheidverdelende regels moet in beginsel het onderzoek van de bestaanbaarheid met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie voorafgaan.

Het Hof onderzoekt bijgevolg eerst het tweede middel.

Wat het tweede middel betreft

B.4. De verzoekende partijen voeren aan dat de bestreden bepaling artikel 6, § 1, VII, en § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en het grondwettelijk evenredigheidsbeginsel schendt.

Zij leiden evenwel uit artikel 6, § 3, 2°, van die bijzondere wet geen grieven af, zodat het middel, wat de schending van die bepaling betreft, onontvankelijk is.

B.5.1. Krachtens artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten bevoegd voor :

« Wat het energiebeleid betreft :

De gewestelijke aspecten van de energie, en in ieder geval :

- a) De distributie en het plaatselijke vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70 000 volt;
- b) De openbare gasdistributie;
- c) De aanwending van mijn gas en van gas afkomstig van hoogovens;
- d) De netten voor warmtevoorziening op afstand;
- e) De valorisatie van steenbergen;
- f) De nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie;
- g) De terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers;

h) Het rationeel energieverbruik.

De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten :

- a) Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector;
- b) De kernbrandstofcyclus;
- c) De grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie;
- d) De tarieven ».

B.5.2. Aldus heeft de bijzondere wetgever het energiebeleid opgevat als een gedeeld exclusieve bevoegdheid, waarbij het bepalen van de tarieven tot de bevoegdheid van de federale wetgever is blijven behoren. Onder « tarieven » dienen te worden begrepen zowel de tarieven voor levering aan de gewone consument als die voor industriële levering van gas en elektriciteit (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, p. 145).

B.5.3. Ook de tarieven die door de distributienetbeheerders aan de producenten van elektriciteit kunnen worden aangerekend, behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid. Die tarieven beïnvloeden immers de prijs die aan de klant wordt aangerekend.

Bijgevolg behoort de regeling betreffende de injectietarieven tot de bevoegdheid van de federale overheid.

B.6.1. Het Hof dient evenwel nog te onderzoeken of de regeling inzake injectietarieven, voor zover zij ook van toepassing is op producenten van hernieuwbare energie, het evenredigheidsbeginsel in acht neemt, dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening, en derhalve de uitoefening van de gewestbevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt.

B.6.2. Meer bepaald zijn de gewesten bevoegd voor de nieuwe energiebronnen (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), een bevoegdheid die in het Vlaamse Gewest onder meer is uitgeoefend door in artikel 25^{ter} van het decreet van 17 juli

2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt te voorzien in een minimumsteun voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen.

B.6.3. Voor zover zij er niet anders over hebben beschikt, moeten de Grondwetgever en de bijzondere wetgever worden geacht aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid te hebben toegekend tot het uitvaardigen van regels die eigen zijn aan de aan hen toegewezen aangelegenheden. Behoudens andersluidende bepalingen heeft de bijzondere wetgever het gehele beleid inzake de door hem toegewezen aangelegenheden aan de gemeenschappen en de gewesten overgedragen.

B.6.4. Uit de enkele vaststelling dat de injectietarieven van toepassing zijn op alle vormen van gedecentraliseerde opwekking van elektriciteit, en dus niet alleen op « nieuwe energiebronnen », mag niet worden afgeleid dat het evenredigheidsbeginsel niet van toepassing zou zijn. Het is immers maar in zoverre de federale regeling betrekking heeft op de nieuwe energiebronnen, dat het evenredigheidsbeginsel in het geding is.

B.6.5. De toepasselijkheid van de injectietarieven op producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen laat voor het overige de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest onverlet om zijn bevoegdheid inzake nieuwe energiebronnen uit te oefenen.

B.6.6. Het tweede middel is niet gegrond.

Wat het eerste middel betreft

B.7.1. De verzoekende partijen voeren aan dat de bestreden bepaling het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, het rechtszekerheidsbeginsel en het gezag van rechterlijk gewijsde, schendt doordat de daarin vervatte bekrachtiging als gevolg heeft dat de rechtsonderhorigen zich niet meer tegen het opleggen van de injectietarieven kunnen verzetten met een exceptie van onwettigheid, hoewel het bekrachtigde koninklijk besluit reeds door rechterlijke beslissingen buiten toepassing is gelaten.

B.7.2. In haar memorie van tussenkost betoogt de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : CREG), enerzijds, dat het middel in de invulling die de verzoekende partijen eraan geven, ongegrond is, maar dat, anderzijds, het middel in een andere invulling wel degelijk gegrond is. De bestreden bekrachtiging zou ongrondwettig zijn omdat de bekrachtigde bepaling in strijd is met een verplichting van EU-recht, namelijk de uit artikel 23, leden 2 en 3, van 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 » (hierna : Tweede Elektriciteitsrichtlijn) voortvloeiende verplichting voor de overheid om het voorstel van tarifaire methoden van de regulator enkel goed te keuren of af te keuren, maar dit niet te wijzigen.

B.7.3. Artikel 87 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof laat niet toe dat in een memorie van tussenkost nieuwe middelen worden geformuleerd.

Aangezien de door de tussenkostende partij geformuleerde grieven zijn gebaseerd op een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn, sluiten zij niet aan bij het door de verzoekende partijen aangevoerde eerste middel, dat geen aspect van het recht van de Europese Unie bevat.

Het is evenwel aangewezen dat middel, waarover de partijen zich hebben uitgesproken, ambtshalve te onderzoeken.

B.8. Blijkens de vijfde considerans bij de Tweede Elektriciteitsrichtlijn is de nettarifering één van de voornaamste hinderpalen voor de totstandbrenging van een volledig operationele en competitieve interne markt inzake elektriciteit. Voor een goed werkende concurrentie is blijkens de zesde considerans bij die richtlijn vereist dat de toegang tot het net niet-discriminerend en transparant is en tegen redelijke prijzen kan geschieden. In dat opzicht is blijkens de zevende considerans bij de Tweede Elektriciteitsrichtlijn de toegang tot het netwerk van de transport- of de distributienetbeheerder « van het grootste belang ».

De Tweede Elektriciteitsrichtlijn is opgeheven met ingang van 3 maart 2011, de datum waarop 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 : de Derde Elektriciteitsrichtlijn) diende te zijn omgezet.

De derde tot de zesde considerans bij de Derde Elektriciteitsrichtlijn luiden als volgt :

« De vrijheden die de burgers van de Unie in het Verdrag worden gegarandeerd, onder meer het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, kunnen evenwel enkel verwezenlijkt worden in een volledig opengestelde markt waarop alle consumenten hun leveranciers vrijelijk kunnen kiezen en alle aanbieders vrijelijk aan hun afnemers leveren.

Momenteel bestaan er evenwel belemmeringen voor de verkoop van elektriciteit onder gelijke voorwaarden en zonder discriminatie of achterstelling in de Gemeenschap. Er is met name nog steeds geen sprake van een niet-discriminerende nettoegang en van een gelijk niveau van regulerend toezicht in de lidstaten.

De zekerheid van de elektriciteitsvoorziening is van vitaal belang voor de ontwikkeling van de Europese maatschappij, voor de uitvoering van een duurzaam beleid inzake klimaatverandering en voor de bevordering van het concurrentievermogen op de interne markt. Hiertoe moeten de grensoverschrijdende interconnecties verder worden uitgebouwd om de voorziening van alle energiebronnen tegen de best concurrerende prijzen veilig te stellen voor zowel de consumenten als het bedrijfsleven in de Gemeenschap.

Een goed functionerende interne markt voor elektriciteit moet producenten ertoe aanzetten te investeren in nieuwe vormen van stroomproductie, met inbegrip van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, waarbij speciale aandacht moet uitgaan naar de meest afgelegen landen en regio's op de energiemarkt van de Gemeenschap. Een goed functionerende markt moet tevens consumenten afdoende maatregelen bieden om efficiënter gebruik te maken van energie, wat alleen kan als de zekerheid van de energievoorziening verzekerd is ».

De 33ste en de 34ste considerans bij de Derde Elektriciteitsrichtlijn luiden als volgt :

« Bij Richtlijn 2003/54/EG is voor de lidstaten de eis ingevoerd om regulators met specifieke bevoegdheden op te zetten. De ervaring heeft echter uitgewezen dat de doeltreffendheid van regulering vaak wordt belemmerd door het gebrek aan onafhankelijkheid van de regulators van hun regeringen en door de ontoereikendheid van hun bevoegdheden en beslissingsmacht. Om deze reden heeft de Europese Raad in zijn bijeenkomst van 8 en 9 maart 2007 te Brussel de Commissie verzocht wetgevingsvoorstellen uit te werken om te zorgen voor een verdere harmonisering van de bevoegdheden en een grotere onafhankelijkheid van de nationale energieregulators. Deze nationale regulerende instanties kunnen bevoegd zijn voor zowel elektriciteit als gas.

Om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesities 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.9.1. Artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn bepaalt :

« 2. De regelgevende instanties zijn verantwoordelijk voor de vaststelling of de aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake :

a) de aansluiting op en de toegang tot nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven. Deze tarieven of methodes maken het mogelijk dat de noodzakelijke investeringen in de netwerken op een zodanige wijze worden uitgevoerd, dat zij de rentabiliteit van de netwerken waarborgen;

b) de verstrekking van balanceringsdiensten.

3. Onverminderd lid 2 kunnen de lidstaten voorschrijven dat de regelgevende instanties de tarieven of ten minste de in dat lid bedoelde methoden alsook de in lid 3 bedoelde wijzigingen aan de relevante instantie in de lidstaat voorleggen met het oog op een formeel besluit. Deze tarieven, methoden of wijzigingen worden samen met het besluit inzake de formele aanneming bekendgemaakt. De relevante instantie is in een dergelijk geval bevoegd een door de regelgevende instantie voorgelegd ontwerpbesluit goed te keuren of te verwerpen. Deze tarieven, methoden of wijzigingen worden samen met het besluit inzake de formele aanneming bekendgemaakt. Elke formele verwerping van een ontwerpbesluit wordt eveneens bekendgemaakt, met inbegrip van de motivering ervan ».

B.9.2. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in een arrest van 29 oktober 2009 geoordeeld dat de Belgische regeling inzake het goedkeuren van de transport- en distributietarieven in strijd is met artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn. In dat arrest overwoog het Hof van Justitie onder meer het volgende :

« Er dient te worden vastgesteld dat, in zulk een context, het optreden van de Koning bij het bepalen van voor het vastleggen van de tarieven belangrijke elementen, zoals de winstmarge, de CREG de reglementeringsbevoegdheden ontnemt die haar krachtens artikel 23, lid 2, onder a), van de richtlijn zouden moeten toekomen » (eigen vertaling) (HvJ, 29 oktober 2009, C-474/08, *Commissie t. België*, punt 29).

B.9.3. De tariefmethoden vervat in het bekrachtigde koninklijk besluit zijn door de Koning vastgesteld krachtens de procedure bedoeld in artikel 12*octies* van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt. Krachtens die bepaling dienen de

tarieven voor de aansluiting op het distributienet te worden bepaald door de Koning, op voorstel van de CREG.

Krachtens artikel 23, lid 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn is een dergelijke procedure slechts in overeenstemming met het recht van de Europese Unie indien de Koning geen andere bevoegdheid heeft dan het integraal goedkeuren of verwerpen van het voorstel, maar schendt die procedure het recht van de Europese Unie indien de Koning over de mogelijkheid beschikt om het voorstel te wijzigen.

B.9.4. De voorstellen van de CREG die tot de artikelen 9 tot 14 van het koninklijk besluit hebben geleid, zijn door de bevoegde minister gewijzigd vooraleer zij aan de Koning ter ondertekening werden voorgelegd, zoals blijkt uit het integraal verslag van de zitting van de Commissie voor het bedrijfsleven van 27 januari 2009 (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, CRIV 52 COM 429, p. 29).

Bijgevolg heeft de Koning in strijd met artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn de plaats van de CREG ingenomen.

B.9.5. Artikel 37, lid 6, onder a) van de Derde Elektriciteitsrichtlijn bepaalt :

« 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

a) de aansluiting op en toegang tot nationale netten, inclusief de transmissie- en distributietarieven of de methode daarvoor; deze tarieven of methoden maken het mogelijk dat de noodzakelijke investeringen in de netten op een zodanige wijze worden uitgevoerd dat deze investeringen de levensvatbaarheid van de netten kunnen waarborgen ».

Ingevolge die bepaling is het niet langer mogelijk dat de Koning, op voorstel van de CREG, de distributietarieven vastlegt, aangezien die bevoegdheid thans exclusief aan de CREG toekomt. Om de in B.9.4 uiteengezette redenen is het bekrachtigde koninklijk besluit *a fortiori* in strijd met artikel 37, lid 6, onder a), van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

B.9.6. De wetgevende bekrachtiging van een koninklijk besluit dat met het recht van de Europese Unie in strijd is, dekt dat gebrek niet. Bijgevolg schendt de bestreden bepaling, zoals de Raad van State reeds heeft opgemerkt (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-2191/001, pp. 14-15), artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn, in zoverre de bekrachtiging betrekking heeft op de artikelen 9 tot 14 van het bekrachtigde koninklijk besluit.

B.9.7. Het ambtshalve opgeworpen middel is gegrond.

B.10. Het onderzoek van het eerste middel, zoals geformuleerd door de verzoekende partijen, kan niet tot een ruimere vernietiging leiden.

Om die redenen,

het Hof

- vernietigt artikel 41 van de wet van 15 december 2009 « houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens 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 », in zoverre het de artikelen 9 tot 14 van het koninklijk besluit van 2 september 2008 « betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit » bekrachtigt;

- verwerpt het beroep voor het overige.

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 31 mei 2011.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt