

GRONDWETTELIJK HOF

N. 2011 — 2038

[2011/202860]

Uittreksel uit arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011

Rolnummer 4969

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.

(...)

II. *In rechte*

(...)

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 piekmetering.

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 ontoevankelijkheid 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 bevoegdheidsverdelende 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 schenden.

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 mijngas 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 infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie 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 25ter 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 tussenkomst 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 tussenkomst nieuwe middelen worden geformuleerd.

Aangezien de door de tussenkomende 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 12octies 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 methodes 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 gegronnd.

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,

P.-Y. Dutilleux.

De voorzitter,

M. Bossuyt.

COUR CONSTITUTIONNELLE

F. 2011 — 2038

[2011/202860]

Extrait de l'arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011

Numéro du rôle : 4969

En cause : le recours en annulation de l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », introduit par la SA « Electrawinds » et autres.

La Cour constitutionnelle, composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey et P. Nihoul, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. Objet du recours et procédure

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 22 juin 2010 et parvenue au greffe le 23 juin 2010, un recours en annulation de l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » (publiée au *Moniteur belge* du 23 décembre 2009) a été introduit par la SA « Electrawinds », la SA « Electrawinds West-Vlaanderen » et la SA « Electrawinds Brugge », ayant toutes trois leur siège social à 8400 Ostende, John Cordierlaan 9.

(...)

II. En droit

(...)

Quant à la disposition attaquée

B.1.1. L'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » dispose :

« L'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et l'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité est confirmé. La présente disposition produit ses effets le 12 septembre 2008 ».

B.1.2. Les articles 9 à 14 de l'arrêté royal ainsi confirmé fixent la structure tarifaire générale qui, en vertu de l'article 9, § 1^{er}, de cet arrêté royal, comprend les tarifs suivants :

« 1° Les tarifs non-périodiques de raccordement au réseau de distribution, visés à l'article 10 du présent arrêté;

2° Les tarifs périodiques tels que visés à l'article 11 :

2° 1. Les tarifs de l'utilisation du réseau;

2° 2. le tarif des obligations de service public;

2° 3. le tarif lié à l'utilisation du réseau de transport;

3° les tarifs périodiques des services auxiliaires, visés à l'article 12 du présent arrêté ».

L'article 11, § 1^{er}, de cet arrêté royal dispose :

« Les tarifs de l'utilisation du réseau de distribution comprennent :

1° le tarif de base d'utilisation du réseau (tarif de la puissance souscrite et de la puissance complémentaire);

2° le tarif pour la gestion du système;

3° le tarif rémunérant la mise à disposition des équipements de comptage ainsi que l'activité de mesure, relève et comptage.

Les tarifs visés au § 1^{er}, 1°, rémunèrent les études de réseau, les frais généraux de gestion, y compris les frais de gestion du système, les amortissements, les frais de financement, les frais d'entretien.

Le tarif de base pour l'utilisation du réseau pour les groupes de clients TR HT, 26-1kV, en TR BT dépend partiellement de la puissance prélevée par l'utilisateur du réseau et partiellement de l'énergie active injectée ou prélevée par un utilisateur du réseau dans le réseau de distribution et de la période tarifaire (heures normales/heures creuses).

Pour les utilisateurs du réseau du groupe de clients BT, le tarif de base pour l'utilisation du réseau est fonction de l'énergie active injectée ou prélevée par un utilisateur du réseau sur le réseau de distribution et de la période tarifaire. Pour cette même catégorie de clients, afin d'éviter des extensions de capacité inutiles et de garantir l'optimisation de ces capacités, un terme de puissance lié aux pics de consommation réellement mesurés peut être appliqué aux raccordements existants possédant ce type de mesure de pointe, selon des critères à définir.

Le tarif de base pour l'utilisation du réseau n'est pas applicable aux unités de production dotées d'une puissance inférieure ou égale à 5 MWe.

La disposition prévue à l'alinéa précédent est également applicable aux unités de production produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables ou à partir de cogénération qualitative dont la puissance installée est supérieure à 5 MWe, sauf lorsque ces unités de production sont raccordées à des parties d'infrastructure pour lesquelles l'importance de ce type d'unités génère d'importants frais supplémentaires.

Pour le tarif visé au § 1^{er}, 1°, le gestionnaire du réseau de distribution prend les mesures nécessaires pour que la consommation d'électricité de tout client final raccordé au réseau de distribution qui dispose d'un compteur bi-horaire, soit enregistrée le week-end sur le compteur-nuit du compteur bi-horaire et par conséquent facturée conformément au tarif applicable à la période de nuit. Ni les gestionnaires de réseau de distribution ni les fournisseurs ne sont autorisés à répercuter les éventuels inconvénients liés à l'enregistrement sur le compteur de nuit de la consommation d'électricité pendant le week-end sur les clients finals du réseau basse tension disposant d'un compteur simple.

Le tarif visé au § 1^{er}, 2°, rémunère la gestion du système, les amortissements et le financement de l'actif pour la gestion du système. Ce tarif est fonction de l'énergie active injectée ou prélevée par un utilisateur du réseau sur le réseau de distribution.

Les coûts spécifiques de gestion du système engendrés pour l'accompagnement et le suivi des autoproducteurs, raccordés au réseau de distribution, sont facturés dans un tarif supplémentaire à ces utilisateurs du réseau.

Ce tarif est fonction de l'énergie brute limitée injectée ou prélevée sur une base quart-horaire par un utilisateur du réseau et du groupe de clients et est facturé par le gestionnaire du réseau au titulaire d'un contrat d'accès ou au gestionnaire du réseau de distribution.

Le tarif visé au § 1^{er}, 3^o, rémunère le service se rapportant à la mise à disposition des équipements de mesure de comptage ainsi que l'activité de mesure et de comptage, y compris la collecte et le transfert de données et informations relatives à un client éligible lorsque celui-ci change de fournisseur.

Le tarif se compose d'un terme fixe en fonction du type de compteur : compteurs AMR en lecture continue, compteurs MMR relevés mensuellement ou compteurs relevés annuellement ».

Quant à la recevabilité du recours

B.1.3. Les tarifs dits « d'injection » peuvent être imposés aux parties requérantes, en application de l'article 11 de l'arrêté royal précité, si la puissance de leurs unités de production n'est pas inférieure ou égale à 5 MWe et si leurs unités de production sont raccordées à des parties d'infrastructure pour lesquelles l'importance de ce type d'unités génère d'importants frais supplémentaires.

Il ressort des pièces soumises à la Cour que le gestionnaire du réseau de distribution facture effectivement des tarifs d'injection aux parties requérantes pour la période réglementaire 2009-2012.

B.1.4. Par un arrêt du 8 juin 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a écarté l'application de l'arrêté royal précité en vertu de l'article 159 de la Constitution, étant donné que le Roi a demandé à tort un avis en extrême urgence au Conseil d'Etat et que la concertation obligatoire avec les régions n'a pas eu lieu au sein du Comité de concertation.

En raison de cette illégalité, les parties requérantes disposaient d'une voie de recours pour contester les tarifs d'injection qui leur étaient imposés. La confirmation opérée par la disposition attaquée, qui rétroagit à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal confirmé, a pour objectif de rendre ces voies de recours inopérantes en prévoyant une base légale pour ces tarifs d'injection.

Par conséquent, les parties requérantes justifient de l'intérêt requis à l'annulation de cette disposition.

B.2.1. Pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les moyens de la requête doivent faire connaître, parmi les règles dont la Cour garantit le respect, celles qui seraient violées ainsi que les dispositions qui violeraient ces règles et exposer en quoi ces règles auraient été transgressées par ces dispositions.

Cette disposition exige donc que les parties requérantes elles-mêmes indiquent quels sont les articles qui, selon elles, violent les normes mentionnées dans les moyens, dont la Cour garantit le respect.

B.2.2. La requête est dirigée contre une seule disposition législative, en tant que celle-ci confirme l'arrêté royal précité. Il ressort de l'exposé du premier moyen que les parties requérantes estiment que la confirmation législative attaquée est inconstitutionnelle en ce qu'elle les prive de leurs voies de recours à l'encontre de l'arrêté royal précité. Par conséquent, la portée du présent recours est suffisamment claire.

L'exception est rejetée.

Quant au fond

B.3. L'examen de la conformité de la disposition en cause aux règles répartitrices de compétence doit en principe précéder l'examen de la compatibilité avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

Par conséquent, la Cour examine d'abord le second moyen.

En ce qui concerne le second moyen

B.4. Les parties requérantes font valoir que la disposition attaquée viole l'article 6, § 1^{er}, VII, et § 3, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et le principe constitutionnel de proportionnalité.

Cependant, elles ne tirent aucun grief de l'article 6, § 3, 2^o, de cette loi spéciale, de sorte que le moyen est irrecevable en ce qui concerne la violation de cette disposition.

B.5.1. En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont compétentes pour :

« En ce qui concerne la politique de l'énergie :

Les aspects régionaux de l'énergie, et en tout cas :

a) La distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts;

b) La distribution publique du gaz;

c) L'utilisation du grisou et du gaz de hauts fourneaux;

d) Les réseaux de distribution de chaleur à distance;

e) La valorisation des terrils;

f) Les sources nouvelles d'énergie à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire;

g) La récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs.

h) L'utilisation rationnelle de l'énergie.

Toutefois, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, à savoir :

a) Le plan d'équipement national du secteur de l'électricité;

b) Le cycle du combustible nucléaire;

c) Les grandes infrastructures de stockage; le transport et la production de l'énergie;

d) Les tarifs ».

B.5.2. Le législateur spécial a donc conçu la politique de l'énergie comme une compétence exclusive partagée, au sein de laquelle la fixation des tarifs continue à relever de la compétence du législateur fédéral. Le terme « tarifs » recouvre aussi bien les tarifs pour la fourniture au consommateur ordinaire que ceux pour la fourniture de gaz et d'électricité aux industries (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n^o 516/6, p. 145).

B.5.3. Les tarifs que les gestionnaires de réseau de distribution peuvent porter en compte aux producteurs d'électricité relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. En effet, ces tarifs influencent le prix qui est facturé au client.

Par conséquent, la réglementation relative aux tarifs d'injection ressortit à la compétence de l'autorité fédérale.

B.6.1. Toutefois, la Cour doit encore examiner si la réglementation relative aux tarifs d'injection, pour autant qu'elle s'applique également aux producteurs d'énergie renouvelable, respecte le principe de proportionnalité inhérent à tout exercice d'une compétence et si elle ne rend dès lors pas impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences régionales.

B.6.2. Plus particulièrement, les régions sont compétentes pour les sources nouvelles d'énergie (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), de la loi spéciale du 8 août 1980), une compétence que la Région flamande a exercée entre autres en prévoyant à l'article 25^{ter} du décret du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité une aide minimale pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables.

B.6.3. Il faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées. Sauf dispositions contraires, le législateur spécial a transféré aux communautés et aux régions l'ensemble de la politique relative aux matières qu'il a attribuées.

B.6.4. Le simple constat que les tarifs d'injection sont applicables à toutes les formes de production décentralisée d'électricité, et donc pas seulement aux « sources nouvelles d'énergie », ne permet pas de conclure que le principe de proportionnalité ne serait pas applicable. En effet, ce n'est que dans la mesure où la réglementation fédérale concerne les nouvelles sources d'énergie que le principe de proportionnalité est mis en cause.

B.6.5. L'applicabilité des tarifs d'injection aux producteurs d'électricité générée à partir de sources d'énergie renouvelables ne porte, pour le surplus, pas atteinte à l'exercice de la compétence de la Région flamande dans le domaine des nouvelles sources d'énergie.

B.6.6. Le second moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le premier moyen

B.7.1. Les parties requérantes soutiennent que la disposition en cause viole le principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec le principe de la sécurité juridique et avec l'autorité de la chose jugée, en ce que la confirmation qu'elle contient a pour conséquence que les justiciables ne peuvent plus s'opposer à l'application de tarifs d'injection par une exception d'illégalité, alors que des décisions judiciaires ont déjà écarté l'application de l'arrêté royal confirmé.

B.7.2. Dans son mémoire en intervention, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : la CREG) soutient, d'une part, que le moyen, dans l'interprétation qu'en donnent les parties requérantes, n'est pas fondé, mais que, d'autre part, dans une autre interprétation, le moyen serait effectivement fondé. La confirmation attaquée serait inconstitutionnelle au motif que la disposition confirmée est contraire à une obligation de droit européen, à savoir l'obligation pour l'autorité, découlant de l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE » (ci-après : la deuxième directive sur l'électricité), d'approuver ou de rejeter la proposition de méthodes tarifaires émanant du régulateur, mais de ne pas la modifier.

B.7.3. L'article 87 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle ne permet pas que de nouveaux moyens soient formulés dans un mémoire en intervention.

Etant donné que les griefs formulés par la partie intervenante reposent sur une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité, ils ne se rattachent pas au premier moyen pris par les parties requérantes, qui ne contient aucun aspect de droit européen.

Il y a lieu toutefois d'examiner d'office ce moyen au sujet duquel les parties se sont exprimées.

B.8. Selon le cinquième considérant de la deuxième directive sur l'électricité, la tarification constitue l'un des principaux obstacles à l'achèvement d'un marché intérieur tout à fait opérationnel et compétitif en matière d'électricité. Pour le bon fonctionnement de la concurrence, il est requis, selon le sixième considérant de cette directive, que l'accès au réseau soit non discriminatoire, transparent et disponible au juste prix. A cet égard, le septième considérant de la deuxième directive sur l'électricité dispose que l'accès au réseau du gestionnaire de réseau de transport ou de distribution revêt « une importance primordiale ».

La deuxième directive sur l'électricité est abrogée à partir du 3 mars 2011, date à laquelle la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE » (ci-après : la troisième directive sur l'électricité) devait être transposée.

Les troisième à sixième considérants de la troisième directive sur l'électricité énoncent :

« Les libertés que le traité garantit aux citoyens de l'Union - entre autres, la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services - ne peuvent être effectives que dans un marché entièrement ouvert qui permet à tous les consommateurs de choisir librement leurs fournisseurs et à tous les fournisseurs de fournir librement leurs produits à leurs clients.

Cependant, à l'heure actuelle, il existe des obstacles à la vente de l'électricité dans des conditions identiques et sans subir de discrimination ni de désavantages dans la Communauté. Il reste notamment à mettre en place un accès non discriminatoire aux réseaux et un niveau comparable de surveillance réglementaire dans chaque État membre.

La sécurité d'approvisionnement en électricité revêt une importance vitale pour le développement de la société européenne, pour la mise en œuvre d'une politique durable en matière de changement climatique ainsi que pour la promotion de la compétitivité sur le marché intérieur. A cette fin, il convient de développer davantage les interconnexions transfrontalières pour garantir l'offre de toutes les sources d'énergie aux prix les plus bas possibles pour les consommateurs et pour les entreprises de la Communauté.

Un marché intérieur de l'électricité qui fonctionne bien devrait donner aux producteurs les incitations appropriées à l'investissement dans les nouvelles capacités de production d'énergie, y compris d'électricité produite à partir de sources renouvelables, en accordant une attention particulière aux pays et régions les plus isolés sur le marché communautaire de l'énergie. Un marché qui fonctionne bien devrait également offrir aux consommateurs des mesures adéquates pour promouvoir une utilisation plus efficace de l'énergie, la sécurité de l'approvisionnement en énergie en étant une condition préalable ».

Les 33e et 34e considérants de la troisième directive sur l'électricité énoncent :

« La directive 2003/54/CE a instauré l'obligation pour les États membres d'établir des régulateurs dotés de compétences spécifiques. Pourtant, l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes. C'est la raison pour laquelle le Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 a invité la Commission à élaborer des propositions législatives de nature à assurer une plus grande harmonisation des pouvoirs et le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux de l'énergie. Il devrait être possible que ces autorités de régulation nationales couvrent tant le secteur de l'électricité que celui du gaz.

Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des Etats membres. [...] ».

B.9.1. L'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité dispose :

« 2. Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodologies utilisées pour calculer ou établir :

- a) les conditions de connexion et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution. Ces tarifs, ou méthodologies, doivent permettre de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux;
- b) les conditions de la prestation de services d'équilibre.

3. Nonobstant le paragraphe 2, les Etats membres peuvent prévoir que les autorités de régulation soumettent à l'organe compétent de l'Etat membre, en vue d'une décision formelle, les tarifs ou au moins les méthodologies visées dans ce paragraphe, ainsi que les modifications visées au paragraphe 4. L'organe compétent a, dans un tel cas, le pouvoir d'approuver ou de rejeter le projet de décision qui lui est soumis par l'autorité de régulation. Les tarifs, les méthodologies ou les modifications qui y sont apportées sont publiés avec la décision lors de l'adoption formelle. Tout rejet formel d'un projet de décision est aussi rendu public, avec sa justification ».

B.9.2. Par un arrêt du 29 octobre 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la réglementation belge en matière d'approbation des tarifs de transport et de distribution était contraire à l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité. Dans cet arrêt, la Cour de Justice a notamment considéré ce qui suit :

« Il convient de constater que, dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir » (CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08, point 29).

B.9.3. Les méthodes tarifaires contenues dans l'arrêt royal confirmé ont été fixées par le Roi en vertu de la procédure visée à l'article 12octies de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. En vertu de cette disposition, les tarifs de raccordement au réseau de distribution doivent être fixés par le Roi, sur proposition de la CREG.

En vertu de l'article 23, paragraphe 3, de la deuxième directive sur l'électricité, une telle procédure n'est conforme au droit de l'Union européenne que si le Roi n'a d'autre compétence que celle d'approuver ou de rejeter intégralement la proposition, mais cette procédure viole le droit de l'Union européenne si le Roi dispose de la possibilité de modifier la proposition.

B.9.4. Les propositions de la CREG ayant conduit à l'arrêt royal confirmé ont été modifiées par le ministre compétent avant d'être soumises à la signature du Roi, ainsi qu'il ressort du compte rendu intégral de la séance du 27 janvier 2009 de la commission de l'Economie (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, CRIV 52 COM 429, p. 29).

Par conséquent, le Roi s'est substitué à la CREG, en violation de l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité.

B.9.5. L'article 37, paragraphe 6, point a), de la troisième directive sur l'électricité dispose :

« Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir :

- a) les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes. Ces tarifs ou méthodes permettent de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux ».

Par suite de cette disposition, le Roi ne peut plus fixer les tarifs de distribution sur la proposition de la CREG, dès lors que cette compétence appartient désormais exclusivement à la CREG. Pour les raisons exposées en B.9.4, l'arrêt royal confirmé viole *a fortiori* l'article 37, paragraphe 6, point a), de la troisième directive sur l'électricité.

B.9.6. La confirmation législative d'un arrêt royal contraire au droit de l'Union européenne ne couvre pas l'irrégularité de cette réglementation. Dès lors, comme le Conseil d'Etat l'a déjà observé (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2191/001, pp. 14-15), la disposition attaquée viole l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité, dans la mesure où la confirmation porte sur les articles 9 à 14 de l'arrêt royal confirmé.

B.9.7. Le moyen soulevé d'office est fondé.

B.10. L'examen du premier moyen, tel qu'il a été formulé par les parties requérantes, ne peut conduire à une annulation plus étendue.

Par ces motifs,

la Cour

- annule l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », en ce qu'il confirme les articles 9 à 14 de l'arrêt royal du 2 septembre 2008 « relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité »;

- rejette le recours pour le surplus.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française, et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 31 mai 2011.

Le greffier,

P.-Y. Dutilleux.

Le président,

M. Bossuyt.

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

D. 2011 — 2038

[2011/202860]

Auszug aus dem Urteil Nr. 97/2011 vom 31. Mai 2011

Geschäftsverzeichnisnummer 4969

In Sachen: Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 41 des Gesetzes vom 15. Dezember 2009 «zur Bestätigung verschiedener königlicher Erlasse, die kraft des Gesetzes vom 29. April 1999 über die Organisation des Elektrizitätsmarkts und des Gesetzes vom 12. April 1965 über den Transport gasförmiger und anderer Produkte durch Leitungen ergangen sind», erhoben von der «Electrawinds» AG und anderen.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden M. Bossuyt und R. Henneuse, und den Richtern E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey und P. Nihoul, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden M. Bossuyt,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

I. Gegenstand der Klage und Verfahren

Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 22. Juni 2010 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 23. Juni 2010 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 41 des Gesetzes vom 15. Dezember 2009 «zur Bestätigung verschiedener königlicher Erlasse, die kraft des Gesetzes vom 29. April 1999 über die Organisation des Elektrizitätsmarkts und des Gesetzes vom 12. April 1965 über den Transport gasförmiger und anderer Produkte durch Leitungen ergangen sind» (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 23. Dezember 2009): die «Electrawinds» AG, die «Electrawinds West-Vlaanderen» AG und die «Electrawinds Brugge» AG, alle drei mit Gesellschaftssitz in 8400 Ostende, John Cordierlaan 9.

(...)

II. In rechtlicher Beziehung

(...)

In Bezug auf die angefochtene Bestimmung

B.1.1. Artikel 41 des Gesetzes vom 15. Dezember 2009 «zur Bestätigung verschiedener königlicher Erlasse, die kraft des Gesetzes vom 29. April 1999 über die Organisation des Elektrizitätsmarktes und des Gesetzes vom 12. April 1965 über den Transport gasförmiger und anderer Produkte durch Leitungen ergangen sind» bestimmt:

«Der königliche Erlass vom 2. September 2008 über die Regeln bezüglich der Festlegung und Kontrolle der Gesamteinkünfte und der angemessenen Gewinnspanne, der allgemeinen Tarifstruktur, des Saldos zwischen Kosten und Einnahmen sowie der Grundprinzipien und Verfahren bezüglich der Invorschlagbringung und Genehmigung der Tarife, der Berichterstattung und Kostenbeherrschung durch die Betreiber der Verteilernetze für Elektrizität wird bestätigt. Diese Bestimmung ist wirksam mit 12. September 2008».

B.1.2. Die Artikel 9 bis 14 des somit bestätigten königlichen Erlasses legen die allgemeine Tarifstruktur fest, die aufgrund von Artikel 9 § 1 dieses königlichen Erlasses folgende Tarife umfasst:

«1. Nichtperiodische Tarife für den Anschluss ans Verteilernetz im Sinne von Artikel 10 des vorliegenden Erlasses;

2. Periodische Tarife im Sinne von Artikel 11:

2. 1. die Tarife zur Benutzung des Netzes;

2. 2. der Tarif der Gemeinwohlverpflichtungen;

2. 3. der Tarif im Zusammenhang mit der Benutzung des Transportnetzes;

3. die periodischen Tarife für die Hilfsdienste im Sinne von Artikel 12 des vorliegenden Erlasses».

Artikel 11 § 1 dieses königlichen Erlasses bestimmt:

«Die Tarife für die Benutzung des Verteilernetzes umfassen:

1. den Basistarif für die Benutzung des Netzes (Tarif für die gezeichnete und die zusätzliche Leistung);

2. den Tarif für die Systemverwaltung;

3. den Tarif zur Vergütung der Bereitstellung von Geräten zum Messen, Zählen und Aufnehmen.

Die in § 1 Nr. 1 erwähnten Tarife vergüten die Netzstudien, die allgemeinen Betriebskosten ohne die Kosten der Systemverwaltung, die Abschreibungen, die Finanzierungskosten, die Wartungskosten.

Der Basistarif für die Benutzung des Netzes hängt für die Kundengruppen TR HS, 26-1kV und TR NS teilweise von der durch den Netzbenutzer abgenommenen Leistung und teilweise von der aktiven Energie, die durch einen Netzbenutzer ins Verteilernetz eingespeist oder daraus abgenommen wird, und vom Tarifzeitraum (normale Stunden/Billigstromstunden) ab.

Für die Netzbenutzer der Kundengruppe NS hängt der Basistarif für die Benutzung des Netzes von der aktiven Energie, die durch einen Netzbenutzer ins Verteilernetz eingespeist oder daraus abgenommen wird, und vom Tarifzeitraum ab. Für dieselbe Kategorie von Netzbenutzern darf, um unnötige Kapazitätserweiterungen zu vermeiden und die Optimierung dieser Kapazitäten zu gewährleisten, gemäß festzulegenden Kriterien ein Leistungsterm in Verbindung mit den tatsächlich gemessenen Verbrauchsspitzen auf bestehenden Anschlüssen mit einer solchen Spitzenmessung angewandt werden.

Der Basistarif für die Benutzung des Netzes gilt nicht für Produktionseinheiten mit einer Leistung von höchstens 5 MWe.

Die im vorstehenden Absatz enthaltene Bestimmung gilt auch für Produktionseinheiten der Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energiequellen oder durch qualitative Wärmekraftkopplung, deren installierte Leistung höher als 5 MWe ist, außer wenn diese Produktionseinheiten an Infrastrukturelemente angeschlossen sind, bei denen die Bedeutung dieser Art von Einheiten erhebliche Zusatzkosten hervorruft.

In Bezug auf den Tarif im Sinne von § 1 Nr. 1 ergreift der Betreiber des Verteilernetzes die erforderlichen Maßnahmen, damit der Elektrizitätsverbrauch eines jeden an das Verteilernetz angeschlossenen Endabnehmers, der über einen Doppelzähler verfügt, während der Wochenenden auf den Nachtzähler des Doppelzählers aufgezeichnet und folglich in Rechnung gestellt wird nach dem Tarif, der während des Nacht-Tarifzeitraums gilt. Es ist weder dem Betreiber des Verteilernetzes, noch den Lieferanten erlaubt, die etwaigen Nachteile der Aufzeichnung des Elektrizitätsverbrauchs während des Wochenendes auf dem Nachtzähler auf Endabnehmer im Niederspannungsnetz mit einem einfachen Zähler umzulegen.

Der Tarif im Sinne von § 1 Nr. 2 dient zur Vergütung der Systemverwalter, der Abschreibungen und der Finanzierung der Aktiva für die Verwaltung des Systems. Dieser Tarif hängt von der aktiven Energie ab, die durch einen Netzbenutzer ins Verteilernetz eingespeist oder daraus abgenommen wird.

Spezifische Kosten der Systemverwaltung, die für die Steuerung und Verfolgung der ans Verteilernetz angeschlossenen Selbsterzeuger entstehen, werden diesen Netzbenutzern in einem Zusatztarif berechnet.

Der letztgenannte Tarif hängt von der auf Viertelstundenbasis durch einen Netzbenutzer eingespeisten oder abgenommenen aktiven, brutto begrenzten Energie und von der Kundengruppe ab und wird durch die Netzbetreiber dem Inhaber des Zugangsvertrags oder dem Betreiber des Verteilernetzes in Rechnung gestellt.

Der Tarif im Sinne von § 1 Nr. 3 dient zur Vergütung der Bereitstellung von Geräten zum Messen, Zählen und Aufnehmen, einschließlich der Erfassung und Übermittlung der Daten und Informationen in Bezug auf einen in Frage kommenden Abnehmer, wenn dieser den Lieferanten wechselt.

Der Tarif besteht aus einem festen Term entsprechend der Messstruktur: kontinuierlich gelesene Messgeräte AMR, monatlich abgelesene Messgeräte MMR oder jährlich abgelesene Messgeräte».

In Bezug auf die Zulässigkeit

B.1.3. Den klagenden Parteien können in Anwendung von Artikel 11 des vorerwähnten königlichen Erlasses die so genannten «Einspeisungstarife» auferlegt werden, wenn die Leistung ihrer Produktionseinheiten mehr als 5 MWE beträgt und wenn ihre Produktionseinheiten an Infrastrukturelemente angeschlossen sind, bei denen die Bedeutung dieser Art von Einheiten erhebliche Zusatzkosten verursacht.

Aus den Dokumenten, die dem Hof vorgelegt wurden, geht hervor, dass der Betreiber des Verteilernetzes den klagenden Parteien tatsächlich Einspeisungstarife für den Regulierungszeitraum 2009-2012 berechnet.

B.1.4. Durch ein Urteil vom 8. Juni 2009 hat der Appellationshof Brüssel den vorerwähnten königlichen Erlass aufgrund von Artikel 159 der Verfassung außer Anwendung gelassen, da der König den Staatsrat zu Unrecht um eine dringliche Stellungnahme gebeten hat und die verpflichtende Konzertierung mit den Regionen nicht innerhalb des Konzertierungsausschusses stattgefunden hat.

Angesichts dieser Ungesetzlichkeit verfügten die klagenden Parteien über ein Rechtsmittel, um die ihnen auferlegten Einspeisungstarife anzufechten. Die durch die angefochtene Bestimmung erfolgte Bestätigung, die rückwirkend zum Datum des Inkrafttretens des bestätigten königlichen Erlasses gilt, bezweckt, diese Rechtsmittel wirkungslos zu machen, indem für die Einspeisungstarife eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird.

Folglich weisen die klagenden Parteien das rechtlich erforderliche Interesse an der Nichtigerklärung dieser Bestimmung nach.

B.2.1. Um den Erfordernissen nach Artikel 6 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof zu entsprechen, müssen die in der Klageschrift vorgebrachten Klagegründe angeben, welche Vorschriften, deren Einhaltung der Hof gewährleistet, verletzt wären und welche Bestimmungen gegen diese Vorschriften verstoßen würden, und darlegen, in welcher Hinsicht diese Vorschriften durch die fraglichen Bestimmungen verletzt würden.

Diese Bestimmung erfordert somit, dass die klagenden Parteien selbst angeben, welche Artikel ihres Erachtens gegen die in den Klagegründen angeführten Normen verstoßen, deren Einhaltung der Hof gewährleistet.

B.2.2. Die Klageschrift ist gegen eine einzige Gesetzesbestimmung gerichtet, insofern diese den vorerwähnten königlichen Erlass bestätigt. Aus der Darlegung des ersten Klagegrunds geht hervor, dass die klagenden Parteien die beanstandete gesetzgeberische Bestätigung als verfassungswidrig erachten, da sie ihnen Rechtsmittel in Bezug auf den vorerwähnten königlichen Erlass entziehe. Folglich ist die Tragweite der vorliegenden Klage ausreichend deutlich.

Die Einrede wird abgewiesen.

Zur Hauptsache

B.3. Die Prüfung der Übereinstimmung der fraglichen Bestimmung mit den Regeln der Zuständigkeitsverteilung muss grundsätzlich vor der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung erfolgen.

Der Hof prüft demzufolge zuerst den zweiten Klagegrund.

In Bezug auf den zweiten Klagegrund

B.4. Die klagenden Parteien führen an, dass die angefochtene Bestimmung gegen Artikel 6 § 1 VII und § 3 Nr. 2 des Sondergesetzes vom 8. August 1980 zur Reform der Institutionen und den verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße.

Sie leiten jedoch aus Artikel 6 § 3 Nr. 2 dieses Sondergesetzes keine Beschwerdegründe ab, so dass der Klagegrund in Bezug auf diese Bestimmung unzulässig ist.

B.5.1. Aufgrund von Artikel 6 § 1 VII des Sondergesetzes vom 8. August 1980 zur Reform der Institutionen sind die Regionen zuständig für:

«was die Energiepolitik betrifft: die regionalen Aspekte der Energie und auf jeden Fall:

- a) die Elektrizitätsversorgung und die lokale Beförderung von Elektrizität durch Netze mit einer Nennspannung von bis zu 70.000 Volt,
- b) die öffentliche Gasversorgung,
- c) die Nutzung von Grubengas und von Gas aus Hochöfen,
- d) die Fernwärmeversorgungsnetze,
- e) die Verwertung von Halden,
- f) die neuen Energiequellen mit Ausnahme derjenigen, die mit der Kernenergie verbunden sind,
- g) die Energierückgewinnung durch die Industrie und andere Nutzer,
- h) die rationelle Energienutzung,

Die Föderalbehörde ist jedoch zuständig für Angelegenheiten, die aufgrund der technischen und wirtschaftlichen Unteilbarkeit eine homogene Anwendung auf nationaler Ebene erforderlich machen, und zwar für:

- a) das nationale Ausrüstungsprogramm für den Elektrizitätssektor,
- b) den Kernbrennstoffkreislauf,
- c) die großen Lagereinrichtungen, den Energietransport und die Energieerzeugung,
- d) die Tarife».

B.5.2. Folglich hat der Sondergesetzgeber die Energiepolitik als eine geteilte ausschließliche Zuständigkeit betrachtet, wobei der föderale Gesetzgeber weiterhin für die Festlegung der Tarife zuständig geblieben ist. Unter «Tarife» sind sowohl die Tarife für die Lieferung an gewöhnliche Verbraucher als auch diejenigen für die industrielle Lieferung von Gas und Elektrizität zu verstehen (*Parl. Dok.*, Kammer, Sondersitzungsperiode 1988, Nr. 516/6, S. 145).

B.5.3. Auch die Tarife, die durch die Betreiber der Verteilernetze den Elektrizitätserzeugern berechnet werden können, gehören zum Zuständigkeitsbereich der Föderalbehörde. Diese Tarife beeinflussen nämlich den Preis, der dem Kunden berechnet wird.

Folglich gehört die Regelung bezüglich der Einspeisungstarife zum Zuständigkeitsbereich der Föderalbehörde.

B.6.1. Der Hof muss jedoch noch prüfen, ob die Regelung bezüglich der Einspeisungstarife, sofern sie auch auf Erzeuger von erneuerbarer Energie Anwendung findet, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der mit jeglicher Ausübung einer Zuständigkeit einhergeht, entspricht und folglich die Ausübung der Zuständigkeiten der Regionen nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert.

B.6.2. Im Einzelnen sind die Regionen für die neuen Energiequellen zuständig (Artikel 6 § 1 VII Absatz 1 Buchstabe f) des Sondergesetzes vom 8. August 1980), und diese Zuständigkeit wurde in der Flämischen Region unter anderem ausgeübt, indem in Artikel 25ter des Dekretes vom 17. Juli 2000 über die Organisation des Elektrizitätsmarktes eine Mindestunterstützung für die Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen vorgesehen wurde.

B.6.3. Insofern sie nicht anders darüber verfügt haben, ist davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber und der Sondergesetzgeber den Gemeinschaften und den Regionen die vollständige Befugnis erteilt haben, Regeln aufzustellen, die den ihnen zugewiesenen Angelegenheiten eigen sind. Vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen hat der Sondergesetzgeber den Gemeinschaften und Regionen die Gesamtheit der Politik bezüglich der von ihm zugewiesenen Angelegenheiten übertragen.

B.6.4. Aus der bloßen Feststellung, dass die Einspeisungstarife auf alle Formen der dezentralisierten Erzeugung von Elektrizität und somit nicht nur auf «neue Energiequellen» Anwendung finden, darf nicht abgeleitet werden, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht anwendbar wäre. Nur insofern die föderale Regelung sich auf die neuen Energiequellen bezieht, steht nämlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf dem Spiel.

B.6.5. Die Anwendbarkeit der Einspeisungstarife auf Erzeuger von Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen lässt im Übrigen die Zuständigkeit der Flämischen Region unbeeinträchtigt, ihre Befugnis im Bereich der neuen Energiequellen auszuüben.

B.6.6. Der zweite Klagegrund ist unbegründet.

In Bezug auf den ersten Klagegrund

B.7.1. Die klagenden Parteien führen an, dass die angefochtene Bestimmung gegen den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit und der materiellen Rechtskraft verletze, indem die darin enthaltene Bestätigung zur Folge habe, dass die Rechtsunterworfenen gegen die Auferlegung der Einspeisungstarife keine Einrede der Gesetzwidrigkeit mehr erheben könnten, während der bestätigte königliche Erlass bereits durch richterliche Entscheidungen aus der Anwendung ausgeschlossen worden sei.

B.7.2. In ihrem Interventionsschriftsatz führt die Elektrizitäts- und Gasregulierungskommission (nachstehend: CREG) an, dass einerseits der Klagegrund in der Auslegung durch die klagenden Parteien unbegründet sei, dass jedoch andererseits der Klagegrund in einer anderen Auslegung sehr wohl begründet sei. Die beanstandete Bestätigung sei verfassungswidrig, weil die bestätigte Bestimmung im Widerspruch zu einer Verpflichtung des EU-Rechts stehe, nämlich die sich aus Artikel 23 Absätze 2 und 3 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (nachstehend: zweite Elektrizitätsrichtlinie) ergebende Verpflichtung für die Behörden, den Vorschlag von Tarifmethoden seitens des Regulators nur zu genehmigen oder abzulehnen, diesen jedoch nicht zu ändern.

B.7.3. Artikel 87 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof erlaubt es nicht, dass in einem Interventionsschriftsatz neue Klagegründe vorgebracht werden.

Angesichts dessen, dass die durch die intervenierende Partei angeführten Beschwerdegründe auf einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung in Verbindung mit Artikel 23 Absätze 2 und 3 der zweiten Elektrizitätsrichtlinie beruhen, schließen sie sich nicht dem durch die klagenden Parteien angeführten ersten Klagegrund an, der keinen Aspekt des Rechtes der Europäischen Union enthält.

Es ist jedoch angebracht, diesen Klagegrund, zu dem die Parteien sich geäußert haben, von Amts wegen zu prüfen.

B.8. Gemäß der fünften Erwägung der zweiten Elektrizitätsrichtlinie ist die Tarifierung eines der Haupthindernisse für einen voll funktionsfähigen und wettbewerbsorientierten Elektrizitätsbinnenmarkt. Ein gut funktionierender Wettbewerb setzt gemäß der sechsten Erwägung dieser Richtlinie voraus, dass der Netzzugang nichtdiskriminierend, transparent und zu angemessenen Preisen gewährleistet ist. Diesbezüglich ist gemäß der siebten Erwägung der zweiten Elektrizitätsrichtlinie der Zugang zum Netz des Übertragungs- oder des Verteilernetzbetreibers «von größter Bedeutung».

Die zweite Elektrizitätsrichtlinie ist mit Wirkung vom 3. März 2011 aufgehoben worden, das heißt dem Datum, an dem die Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (nachstehend: dritte Elektrizitätsrichtlinie) umgesetzt sein musste.

In der dritten bis sechsten Erwägung der dritten Elektrizitätsrichtlinie heißt es:

«Die Freiheiten, die der Vertrag den Bürgern der Union garantiert - unter anderem der freie Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr, sind nur in einem vollständig geöffneten Markt erreichbar, der allen Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und allen Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden gestattet.

Derzeit gibt es jedoch Hindernisse für den Verkauf von Strom in der Gemeinschaft zu gleichen Bedingungen und ohne Diskriminierung oder Benachteiligung. Insbesondere gibt es noch nicht in allen Mitgliedstaaten einen nichtdiskriminierenden Netzzugang und eine gleichermaßen wirksame Regulierungsaufsicht.

Eine gesicherte Stromversorgung ist für das Entstehen einer europäischen Gesellschaft, die Umsetzung einer nachhaltigen Strategie zur Bekämpfung des Klimawandels und die Förderung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt von entscheidender Bedeutung. Aus diesem Grund sollten grenzüberschreitende Verbindungsleitungen weiter ausgebaut werden, damit den Verbrauchern und der Wirtschaft in der Gemeinschaft alle Energieträger zum wettbewerbsfähigsten Preis bereitgestellt werden können.

Ein reibungslos funktionierender Elektrizitätsbinnenmarkt sollte die Erzeuger unter besonderer Beachtung der Länder und Regionen, die vom Energiemarkt der Gemeinschaft am stärksten isoliert sind, durch geeignete Anreize zu Investitionen in neue Energieerzeugung, einschließlich aus erneuerbaren Quellen, veranlassen. Ein reibungslos funktionierender Markt sollte auch die Verbraucher durch geeignete Maßnahmen zu einer effizienteren Nutzung der Energie motivieren, wofür eine gesicherte Energieversorgung Grundvoraussetzung ist».

In der 33. bis 34. Erwägung der dritten Elektrizitätsrichtlinie heißt es:

«Die Richtlinie 2003/54/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten. Die Erfahrung zeigt allerdings, dass die Effektivität der Regulierung vielfach aufgrund mangelnder Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der Regierung sowie unzureichender Befugnisse und Ermessensfreiheit eingeschränkt wird. Daher hat der Europäische Rat die Kommission auf seiner Tagung vom 8. und 9. März 2007 aufgefordert, Legislativvorschläge auszuarbeiten, die eine weitere Harmonisierung der Befugnisse und eine Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden vorsehen. Diese nationalen Regulierungsbehörden sollten sowohl den Elektrizitäts- als auch den Gassektor abdecken können.

Damit der Elektrizitätsbinnenmarkt ordnungsgemäß funktionieren kann, müssen die Regulierungsbehörden Entscheidungen in allen relevanten Regulierungsangelegenheiten treffen können und völlig unabhängig von anderen öffentlichen oder privaten Interessen sein. Dies steht weder einer gerichtlichen Überprüfung noch einer parlamentarischen Kontrolle nach dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten entgegen. [...]».

B.9.1. Artikel 23 Absätze 2 und 3 der zweiten Elektrizitätsrichtlinie bestimmt:

«(2) Den Regulierungsbehörden obliegt es, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung folgender Bedingungen vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen:

a) die Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der Tarife für die Übertragung und die Verteilung. Diese Tarife oder Methoden sind so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist.

b) die Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen.

(3) Unbeschadet des Absatzes 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Regulierungsbehörden der zuständigen Stelle des Mitgliedstaats die Tarife bzw. zumindest die in Absatz 2 genannten Methoden sowie die in Absatz 4 genannten Änderungen zur förmlichen Entscheidung vorzulegen haben. Die zuständige Stelle ist in einem solchen Fall befugt, den von der Regulierungsbehörde vorgelegten Entwurf einer Entscheidung zu billigen oder abzulehnen. Diese Tarife bzw. Methoden und Änderungen werden zusammen mit der förmlichen Annahmehentscheidung veröffentlicht. Jede förmliche Ablehnung des Entwurfs einer Entscheidung wird ebenfalls veröffentlicht, einschließlich der Begründung».

B.9.2. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in einem Urteil vom 29. Oktober 2009 erklärt, dass die belgische Regelung bezüglich der Genehmigung der Übertragungs- und Verteilungstarife im Widerspruch zu Artikel 23 Absätze 2 und 3 der zweiten Elektrizitätsrichtlinie steht. In diesem Urteil hat der Gerichtshof unter anderem folgende Erwägung angeführt:

«Es ist festzustellen, dass in einem solchen Kontext das Auftreten des Königs bei der Annahme von für die Festlegung der Tarife wichtigen Elementen, wie der Gewinnspanne, der CREG die Regulierungsbefugnisse entzieht, die ihr aufgrund von Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie zukommen müssen» (eigene Übersetzung) (EuGH, 29. Oktober 2009, C-474/08, *Kommission gegen Belgien*, Randnr. 29).

B.9.3. Die in dem bestätigten königlichen Erlass enthaltenen Tarifmethoden wurden durch den König aufgrund des Verfahrens festgelegt, das in Artikel 12octies des Gesetzes vom 29. April 1999 über die Organisation des Elektrizitätsmarktes vorgesehen ist. Aufgrund dieser Bestimmung müssen die Tarife für den Anschluss ans Verteilernetz durch den König auf Vorschlag der CREG festgelegt werden.

Aufgrund von Artikel 23 Absatz 3 der zweiten Elektrizitätsrichtlinie entspricht ein solches Verfahren nur dem Recht der Europäischen Union, wenn der König keine andere Befugnis besitzt, als die vollständige Annahme oder Ablehnung des Vorschlags, verstößt dieses Verfahren aber gegen das Recht der Europäischen Union, wenn der König über die Möglichkeit verfügt, den Vorschlag zu ändern.

B.9.4. Die Vorschläge der CREG, die zu den Artikeln 9 bis 14 des königlichen Erlasses geführt haben, sind durch den zuständigen Minister abgeändert worden, bevor sie dem König zur Unterzeichnung vorgelegt wurden, wie aus dem ausführlichen Bericht der Sitzung der Wirtschaftskommission vom 27. Januar 2009 hervorgeht (*Parl. Dok.*, Kammer, 2008-2009, CRIV 52 COM 429, S. 29).

Folglich ist der König im Widerspruch zu Artikel 23 Absätze 2 3 der zweiten Elektrizitätsrichtlinie an die Stelle der CREG getreten.

B.9.5. Artikel 37 Absatz 6 Buchstabe a der dritten Elektrizitätsrichtlinie bestimmt:

«Den Regulierungsbehörden obliegt es, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung folgender Bedingungen mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen:

a) die Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der Tarife für die Übertragung und die Verteilung oder ihrer Methoden. Diese Tarife oder Methoden sind so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist».

Gemäß dieser Bestimmung ist es nicht mehr möglich, dass der König auf Vorschlag der CREG die Verteilungstarife festlegt, da diese Zuständigkeit nunmehr ausschließlich der CREG obliegt. Aus den in B.9.4 dargelegten Gründen steht der bestätigte königliche Erlass *a fortiori* im Widerspruch zu Artikel 37 Absatz 6 Buchstabe a der dritten Elektrizitätsrichtlinie.

B.9.6. Die gesetzgeberische Bestätigung eines königlichen Erlasses, der im Widerspruch zum Recht der Europäischen Union steht, hebt diesen Mangel nicht auf. Folglich verstößt die angefochtene Bestimmung, wie der Staatsrat bereits bemerkt hat (*Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2191/001, SS. 14-15), gegen Artikel 23 Absätze 2 und 3 der zweiten Elektrizitätsrichtlinie, insofern sich die Bestätigung auf die Artikel 9 bis 14 des bestätigten königlichen Erlasses bezieht.

B.9.7. Der von Amts wegen aufgeworfene Klagegrund ist begründet.

B.10. Die Prüfung des ersten Klagegrunds in der Formulierung durch die klagenden Parteien kann nicht zu einer weiter gehenden Nichtigerklärung führen.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

- erklärt Artikel 41 des Gesetzes vom 15. Dezember 2009 «zur Bestätigung verschiedener königlicher Erlasse, die kraft des Gesetzes vom 29. April 1999 über die Organisation des Elektrizitätsmarktes und des Gesetzes vom 12. April 1965 über den Transport gasförmiger und anderer Produkte durch Leitungen ergangen sind» insofern, als er die Artikel 9 bis 14 des königlichen Erlasses vom 2. September 2008 «über die Regeln bezüglich der Festlegung und Kontrolle der Gesamteinkünfte und der angemessenen Gewinnspanne, der allgemeinen Tarifstruktur, des Saldos zwischen Kosten und Einnahmen sowie der Grundprinzipien und Verfahren bezüglich der Invorschlagbringung und Genehmigung der Tarife, der Berichterstattung und Kostenbeherrschung durch die Betreiber der Verteilernetze für Elektrizität» bestätigt, für nichtig;

- weist die Klage im Übrigen zurück.

Verkündet in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 31. Mai 2011.

Der Kanzler,
P.-Y. Dutilleux.

Der Vorsitzende,
M. Bossuyt.