

Hof van Justitie (3e kamer)

11 maart 2020, C-454/18

*Kamerpresident: A. Prechal
Advocaat-generaal: E. Tanchev
Rechters: K. Lenaerts (president van het Hof,
waarnemend rechter van de Derde kamer),
L.S. Rossi, J. Malenovsky en F. Biltgen*

ENERGIE – ELEKTRICITEITSVERORDENING – ONDERNEMING DIE ENKEL EEN GRENSOVERSCHRIJDENDE INTERCONNECTOR EXPLOITEERT – KWALIFICATIE ALS TRANSMISSIESYSTEEMBEHEERDER – AANWENDING CONGESTIE-INKOMSTEN

Een onderneming die enkel een interconnector exploiteert, is geen zeldzaam gegeven meer in de Europese Unie. Dergelijke ondernemingen worden in de rechtsleer aangeduid als “single interconnector companies” (“SInC’s”) of “merchant interconnectors”. In dit arrest kwalificeert het Hof deze ondernemingen als transmissiesysteembeheerders en geeft het aan wat dit inhoudt voor de aanwendingsmogelijkheden van de congestie-inkomsten van zulke ondernemingen. Het arrest beantwoordt aldus een aantal vragen over het statuut van de SInC’s maar roept met zijn antwoorden minstens ook evenveel (nieuwe) vragen op.

Toepasselijke bepalingen

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

19. Baltic Cable is een Zweedse onderneming die sinds 1994 eigenaar en exploitant is van een hoogspanningslijn die de interconnectie tussen het Zweedse en het Duitse elektriciteitsnet waarborgt.

[...]

Procedure bij het Hof

[...]

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag en tweede vraag

35. Met zijn eerste en tweede vraag, die tezamen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op een onderneming die enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteert.

36. Artikel 16, lid 6, eerste alinea, van verordening nr. 714/2009 bepaalt dat eventuele ontvangsten uit congestie worden gebruikt om te garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar is, en/of om de koppeling-capaciteit te handhaven of te vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren.

37. Aangezien deze bepaling niet preciseert voor welke personen die verplichting geldt, moet er bij de uitlegging van die bepaling rekening worden gehouden met de context ervan en met de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt (zie in die zin arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, EU:C:2005:362, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38. Wat de context van artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 betreft, moet worden opgemerkt dat bijna alle bepalingen van artikel 16 van deze verordening – waaronder ook lid 1 ervan, dat wegens zijn algemene inhoud alle bepalingen van dit artikel 16 inleidt – uitdrukkelijk verwijzen naar de transmissiesysteembeheerders door de aandacht te vestigen op hun verschillende verantwoordelijkheden in het kader van het congestiebeheer, waarbij het laatstgenoemde begrip alleen ziet op situaties waarin er sprake is van een interconnector zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 1, van deze verordening.

39. Niets in de bewoordingen van artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 wijst erop dat deze bepaling moet worden onttrokken aan de algemene opzet van dat artikel 16. Derhalve moet worden geoordeeld dat die bepaling alleen ziet op transmissiesysteembeheerders.

40. Voor deze uitlegging is steun te vinden in bijlage I bij verordening nr. 714/2009, met als opschrift “Richtsnoeren voor congestiebeheer en toewijzing van beschikbare overdrachtcapaciteit van interconnecties tussen nationale systemen”, waarvan de bepalingen op hun beurt systematisch verwijzen naar de transmissiesysteembeheerders. Zo bepaalt in het bijzonder punt 1.7 van deze bijlage dat transmissiesysteembeheerders de interconnectiecapaciteit niet mogen beperken om congestie binnen hun eigen controlegebied op te lossen, terwijl in punt 5.2 van die bijlage staat te lezen dat transmissiesysteembeheerders een algemene beschrijving publiceren van de congestiebeheermethoden die in diverse omstandigheden worden toegepast om zoveel mogelijk capaciteit ter beschikking te stellen van de markt, alsook een algemeen systeem voor de berekening van de interconnectiecapaciteit voor de verschillende tijdsbestekken. Tevens blijkt uit de punten 1.7, 2.6 en 3.1 van dezelfde bijlage dat de transmissiesysteembeheerders verantwoordelijk zijn voor de toewijzing van interconnectiecapaciteit.

41. Hieruit volgt dat de inkomsten uit congestie, zoals overigens wordt bevestigd in artikel 12, onder h), artikel 13, lid 4, en artikel 37, lid 3, onder f), van richtlijn 2009/72, worden aangerekend door de transmissiesysteembeheerders, die ze

dus moeten gebruiken overeenkomstig artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009.

42. In deze omstandigheden moet worden onderzocht of het begrip “transmissiesysteembeheerder” in de zin van verordening nr. 714/2009 ook ondernemingen omvat die enkel een interconnector exploiteren.

43. In dit verband wordt, om te beginnen, het begrip “interconnector” in artikel 2, lid 1, van verordening nr. 714/2009 met name gedefinieerd als een “transmissielijn” die “de nationale transmissiesystemen van de lidstaten onderling koppelt”. De verordening maakt ten aanzien van de transmissie van elektriciteit dus een onderscheid tussen een interconnector en een systeem, waarbij de interconnector geen “systeem” maar een “lijn” voor transmissie is.

44. Vervolgens bepaalt artikel 2, punt 4, van richtlijn 2009/72, dat volgens artikel 2, lid 1, van verordening nr. 714/2009 voor de toepassing van deze verordening van toepassing is, dat een transmissiesysteembeheerder een natuurlijke persoon of rechtspersoon is die in een bepaald gebied verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, zo nodig, de ontwikkeling van het transmissiesysteem alsook, indien van toepassing, de interconnecties ervan met andere systemen en die ervoor moet zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit.

45. Hieruit volgt dat een persoon die verantwoordelijk is voor onder meer de exploitatie en het onderhoud niet alleen van een transmissiesysteem, maar ook, al naargelang het geval, van een of meer interconnectoren, onder het begrip “transmissiesysteembeheerder” valt.

46. Tot slot blijkt uit de bewoordingen van artikel 2, punt 4, van richtlijn 2009/72 dat de Uniewetgever niet uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de situatie waarin een transmissiesysteembeheerder uitsluitend een “transmissielijn”, dus met name een interconnector, exploiteert. Niets wijst er echter op dat het de bedoeling van de Uniewetgever was om een marktdeelnemer die uitsluitend een of meer interconnectoren exploiteert en onderhoudt, uit te sluiten van het begrip “transmissiesysteembeheerder” in de zin van deze bepaling en verordening nr. 714/2009.

47. Allereerst moet namelijk worden opgemerkt dat de in punt 44 van dit arrest genoemde definitie van “transmissiesysteembeheerder” de nadruk legt op de verantwoordelijkheid van de betrokken persoon voor de exploitatie, het onderhoud en, in voorkomend geval, de ontwikkeling van de infrastructuur die moet zorgen voor de transmissie van de elektriciteit, zonder dat het daarbij van belang is of het bij die infrastructuur om een “systeem” dan wel om een “lijn” gaat.

48. Vervolgens is in artikel 17 van verordening nr. 714/2009 – dat voor nieuwe interconnectoren voorziet in een afwijking van het bepaalde in artikel 16, lid 6, van deze verordening – in

lid 1, onder c), bepaald dat de betrokken interconnector kan worden vrijgesteld, mits hij eigendom is van een natuurlijke of rechtspersoon die gescheiden is van de transmissiesysteembeheerders in wier systemen die interconnector wordt ingebouwd. Uit de voorbereidende werkzaamheden voor verordening (EG) nr. 1228/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit (*Pb.* 2003, L. 176, blz. 1), die is ingetrokken bij en vervangen door verordening nr. 714/2009, en met name uit de toelichting bij het gewijzigde voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit [COM(2002)304 def.] blijkt dat deze bepaling betrekking heeft op interconnectoren waarvoor de investeerders niet kunnen rekenen op de vastgelegde tarieven voor het gebruik van de door de interconnector onderling gekoppelde netwerken.

49. Hieruit volgt dat de Uniewetgever noodzakelijkerwijs is uitgegaan van de premisse dat ondernemingen die enkel een interconnector exploiteren binnen de werkingssfeer van artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 vallen.

50. Ten slotte neemt de activiteit die beperkt is tot het exploiteren en onderhouden van een interconnector deel aan de grensoverschrijdende handel in elektriciteit en kan zij de mededinging op de interne markt voor elektriciteit dus bevorderen. De uitsluiting van die activiteit van het begrip “transmissiesysteembeheerder” zou derhalve indruisen tegen het doel van verordening nr. 714/2009, zoals gedefinieerd in artikel 1, onder a), ervan.

51. Dit houdt in dat onder het begrip “transmissiesysteembeheerder” in de zin van verordening nr. 714/2009 ook ondernemingen vallen die enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteren.

52. Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op een onderneming die enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteert.

Derde vraag

53. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een transmissiesysteembeheerder enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteert, de exploitatie- en onderhoudskosten van die interconnector kunnen worden beschouwd als investeringen in het net om de koppelingcapaciteit te handhaven of te vergroten in de zin van artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van deze verordening.

54. Vooraf zij eraan herinnerd dat er blijkens het opschrift van artikel 16 van verordening nr. 714/2009 bij de bepalingen

van dit artikel een geheel van regels voor het congestiebeheer wordt vastgesteld.

55. Het begrip “congestie” is in artikel 2, lid 2, onder c), van verordening nr. 714/2009 op zijn beurt gedefinieerd als een situatie die ontstaat ingevolge onvoldoende capaciteit van de betrokken interconnectoren en/of de nationale transmissiesystemen.

56. In dat kader regelt artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 de “eventuele ontvangsten uit de toewijzing van koppelingcapaciteit”.

57. Zoals blijkt uit artikel 1, onder a), van verordening nr. 714/2009, zijn op die toewijzing van koppelingcapaciteit geharmoniseerde beginselen van toepassing, die het mogelijk moeten maken eerlijke regels voor de grensoverschrijdende handel in elektriciteit te stellen, om de mededinging op de interne markt voor elektriciteit te bevorderen. Volgens punt 2.1 van bijlage I bij deze verordening vindt die toewijzing plaats door veilingen.

58. Uit de gezamenlijke lezing van de in de punten 54 tot en met 57 van dit arrest aangehaalde bepalingen volgt dat hoe minder de betrokken beschikbare koppelingcapaciteit volstaat om aan de vraag te voldoen, des te hoger de eventuele ontvangsten als bedoeld in artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 voor de betrokken transmissiesysteembeheerder kunnen uitvallen. Zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie heeft benadrukt, ontbreekt het de transmissiesysteembeheerders in beginsel dus aan een economische stimulus om de congesties te verlichten.

59. Om de congestie te verlichten of op zijn minst in goede banen te leiden, schrijft artikel 16, lid 6, eerste alinea, van verordening nr. 714/2009 voor dat die ontvangsten moeten worden gebruikt, volgens punt a) van deze bepaling, om te garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar is, en/of, volgens punt b) daarvan, om de koppelingcapaciteit te handhaven of te vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren.

60. *In casu* vraagt de verwijzende rechter zich meer bepaald af welke draagwijdte artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van verordening nr. 714/2009 heeft.

61. Zoals uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt, heeft de Uniewetgever er de aandacht op gevestigd dat de in deze bepaling bedoelde ontvangsten, waaronder die welke worden aangewend voor het onderhoud van de bestaande interconnectoren, een “investering” moeten vormen, ongeacht of het nu gaat om een investering ter uitbreiding van de koppelingcapaciteit, dan wel voor het behoud daarvan. Dienaangaande bepaalt punt 6.6 van bijlage I bij verordening nr. 714/2009 dat de voor dergelijke investeringen aangewende inkomsten uit congestie bij voorkeur moeten worden gebruikt voor specifieke vooraf vastgestelde projecten die bijdragen tot de verlichting van de bestaande congestie en die binnen

een redelijke termijn ten uitvoer kunnen worden gelegd, met name met betrekking tot de vergunningsprocedure.

62. Aangezien het bij de exploitatie- en onderhoudskosten van een interconnector niet om dergelijke investeringen gaat, vallen zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van verordening nr. 714/2009.

63. Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van verordening nr. 714/2009 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een transmissiesysteembeheerder enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteert, de exploitatie- en onderhoudskosten van die interconnector niet kunnen worden aangemerkt als investeringen in een net om de koppelingcapaciteit te handhaven of te vergroten in de zin van deze bepaling.

Vierde vraag

64. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 16, lid 6, tweede alinea, van verordening nr. 714/2009 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer de nationale regulerende instantie deze bepaling toepast op een transmissiesysteembeheerder die enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteert, zij die transmissiesysteembeheerder kan toestaan om zijn inkomsten uit congestie te gebruiken om winst te maken of voor de exploitatie en het onderhoud van die interconnector.

65. Volgens artikel 16, lid 6, tweede alinea, van verordening nr. 714/2009 kunnen ontvangsten uit congestie die niet efficiënt kunnen worden aangewend om te garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar is, en/of om de koppelingcapaciteit te handhaven of te vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren, onder voorbehoud van goedkeuring door de regulerende instanties van de betrokken lidstaten tot een door die instanties vast te stellen maximumbedrag worden aangewend als inkomsten die door die instanties in aanmerking moeten worden genomen bij de goedkeuring van de methode voor de berekening van de nettatarieven en/of de vaststelling van de nettatarieven.

66. In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat uit de bewoordingen van artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van verordening nr. 714/2009 volgt dat transmissiesysteembeheerders die zowel een interconnector als een transmissienetwerknet exploiteren, anders dan transmissiesysteembeheerders die enkel voor een interconnector verantwoordelijk zijn, niet alleen kunnen investeren in die interconnector en/of nieuwe interconnectoren, maar ook in het transmissienetwerk zelf, aangezien dat netwerk, zoals het in artikel 2, lid 2, onder c), van verordening nr. 714/2009 gedefinieerde begrip “congestie” aangeeft, een oorzaak kan zijn van congestieproblemen omdat het onvoldoende capaciteit heeft.

67. Vervolgens int een transmissiesysteembeheerder die naast een interconnector ook een transmissienetwerk exploiteert, anders dan transmissiesysteembeheerders die enkel een interconnector exploiteren, overeenkomstig artikel 14 van verordening nr. 714/2009 tarieven voor de toegang tot dat netwerk die hem, zoals blijkt uit artikel 17, lid 1, onder e), van verordening nr. 714/2009, in staat stellen de door hem te dragen exploitatie- en onderhoudskosten van de interconnector te dekken. Voorts kunnen de transmissiesysteembeheerders door de geïnde tarieven hun activiteit uitoefenen om winst te maken.

68. Ten slotte staat artikel 16, lid 6, tweede alinea, van verordening nr. 714/2009 de transmissiesysteembeheerders onder bepaalde voorwaarden toe hun inkomsten uit congestie te gebruiken om de hoogte van de tarieven voor nettoegang te verlagen. Gelet op het feit dat transmissiesysteembeheerders die enkel een interconnector exploiteren, geen transmissienetwerk exploiteren en die tarieven dus niet ontvangen, kunnen zij hun inkomsten uit congestie niet aanwenden voor de in artikel 16, lid 6, tweede alinea, van verordening nr. 714/2009 genoemde doelen.

69. Bij het trekken van de consequenties uit de verschillen die in de punten 66 tot en met 68 van dit arrest zijn uiteengezet, moet ten eerste artikel 16, lid 1, van verordening nr. 714/2009 in aanmerking worden genomen, op grond waarvan congestieproblemen onder andere moeten worden aangepakt met “niet-discriminerende oplossingen”. Die bepaling weerspiegelt het algemene non-discriminatiebeginsel dat thans is vastgelegd in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

70. Bijgevolg moet artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 worden uitgelegd in het licht van lid 1 van dit artikel en dat beginsel, teneinde ervoor te zorgen dat transmissiesysteembeheerders die enkel een interconnector exploiteren, in het kader van de toepassing van dat lid 6 niet op discriminerende wijze worden behandeld ten opzichte van transmissiesysteembeheerders die naast een interconnector ook een transmissienetwerk beheren.

71. Ten tweede zij opgemerkt dat artikel 16, lid 6, van verordening nr. 714/2009 moet worden uitgelegd in het licht van overweging 21 van deze verordening, volgens welke er mag worden afgeweken van de regels voor het gebruik van eventuele inkomsten uit congestie, mits de specifieke aard van de betrokken interconnector dat rechtvaardigt.

72. In dit verband bepaalt artikel 17 van verordening nr. 714/2009 dat nieuwe interconnectoren kunnen worden vrijgesteld van het bepaalde in artikel 16, lid 6, van deze verordening, mits zij aan verschillende specifieke voorwaarden voldoen, waaronder de in artikel 17, lid 1, onder c), van die verordening gestelde voorwaarde dat de betrokken interconnector eigendom is van een natuurlijke of rechtspersoon die gescheiden is van de transmissiesysteembeheerders in wier systemen die interconnector wordt ingebouwd.

73. Hiermee heeft de Uniewetgever ten aanzien van nieuwe interconnectoren de omvang van de verplichtingen uit hoofde van artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van verordening nr. 714/2009 willen versoepelen, met name in de situatie waarin een interconnector wordt beheerd door een transmissiesysteembeheerder die gescheiden is van die welke de netwerken beheren die door die interconnector onderling worden gekoppeld.

74. Voorts heeft artikel 17, lid 3, van verordening nr. 714/2009, volgens hetwelk lid 1 van dit artikel van toepassing is op aanzienlijke verhogingen van de capaciteit van bestaande interconnectoren, tot gevolg dat de omstandigheid dat de betrokken interconnector eigendom is van een transmissiesysteembeheerder die gescheiden is van de transmissiesysteembeheerders waarvan de netwerken door die interconnector onderling worden gekoppeld, ook van belang is om te kunnen afwijken van de regels van artikel 16, lid 6, van deze verordening voor het gebruik van congestie-inkomsten uit bestaande interconnectoren.

75. Ten derde vereist artikel 16, lid 1, van verordening nr. 714/2009 dat congestieproblemen worden aangepakt met “aan de markt gerelateerde” oplossingen.

76. Verder bepaalt artikel 12, onder a), van richtlijn 2009/72 onder andere dat elke transmissiesysteembeheerder zijn activiteit moet kunnen uitoefenen “onder economisch aanvaardbare voorwaarden”.

77. De in de punten 66 tot en met 68 van het onderhavige arrest genoemde verschillen tussen een transmissiesysteembeheerder die zowel een transmissienetwerk als een interconnector exploiteert enerzijds en een transmissiesysteembeheerder die enkel een interconnector exploiteert anderzijds, zijn juist van dien aard dat de onder deze tweede categorie vallende transmissiesysteembeheerders in een situatie worden geplaatst waarin de door hen geïnde congestie-inkomsten, zoals artikel 16, lid 6, tweede alinea, van verordening nr. 714/2009 beoogt, niet efficiënt kunnen worden aangewend voor de in datzelfde lid 6, eerste alinea, onder a) en/of b), genoemde doelen, voor zover de aanwending van al die inkomsten voor die doelen tot gevolg zou hebben dat die transmissiesysteembeheerders worden belet om hun activiteit onder economisch aanvaardbare voorwaarden verder uit te oefenen, omdat zij niet het hoofd zouden kunnen bieden aan de exploitatie- en onderhoudskosten van de interconnector en onvoldoende winst zouden kunnen maken.

78. Gelet op de overwegingen in de punten 69 tot en met 77 van dit arrest, dienen de nationale regulerende instanties, die – zoals blijkt uit overweging 24 van verordening nr. 714/2009 – een belangrijke rol hebben te spelen bij het goed functioneren van de interne markt voor elektriciteit, er bij de toepassing van artikel 16, lid 6, tweede alinea, van deze verordening op een transmissiesysteembeheerder die enkel een interconnector exploiteert, voor te zorgen dat deze in staat is om zijn activiteit onder economisch aanvaardbare

voorwaarden – die overeenstemmen met de omstandigheden op de markt van elektriciteitstransmissie – te verrichten en voldoende winst te genereren, om te voorkomen dat hij wordt gediscrimineerd ten opzichte van de andere betrokken transmissiesysteembeheerders. Desnoods moet die instantie te dien einde die transmissiesysteembeheerder, in afwijking van het bepaalde in artikel 16, lid 6, eerste alinea, van verordening nr. 714/2009, toestaan om een deel van de door hem geïnde inkomsten uit congestie aan te wenden om de exploitatie- en onderhoudskosten van de interconnector te dekken en om met zijn activiteit voldoende winst te maken.

79. Gelet op een en ander moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 16, lid 6, tweede alinea, van verordening nr. 714/2009 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een nationale regulerende instantie deze bepaling toepast op een transmissiesysteembeheerder die enkel een grensoverschrijdende interconnector exploiteert, die instantie de transmissiesysteembeheerder moet toestaan om een deel van zijn inkomsten uit congestie te gebruiken voor het maken van winst alsmede voor de exploitatie en het onderhoud van de interconnector, om te voorkomen dat hij wordt gediscrimineerd ten opzichte van de andere betrokken transmissiesysteembeheerders en ervoor te zorgen dat hij zijn activiteit onder economisch aanvaardbare voorwaarden kan uitoefenen, daaronder begrepen het maken van voldoende winst.

Vijfde vraag

[...]

Noot: “De Baltic Cable case – over de kwalificatie van een ‘single interconnector company (SInC)’ als TSB en de aanwendingsbeperkingen van congestie-ontvangsten?”

A. Feitelijke achtergrond en relevantie van het arrest

1. De onderneming Baltic Cable AB, een dochteronderneming van het Noorse staatsbedrijf Statkraft Group, beheert sinds 1994 de interconnector tussen het Zweedse en het Duitse elektriciteitsnet. De Zweedse energieregulator (*Energiemarknadinspektionen*) verplichtte Baltic Cable AB om de inkomsten uit congestie op een aparte rekening te storten, omdat hij van oordeel was dat deze onder het toepassingsgebied vielen van artikel 16, lid 6 van verordening nr. 714/2009. Die bepaling verplichtte transmissiesysteembeheerders (hierna aangehaald als TSB’s) om hun congestie-inkomsten enkel voor bepaalde doeleinden te gebruiken¹. De Zweedse energieregulator vreesde voor Europese inbreukprocedures indien hij Baltic Cable AB de toelating gaf om de congestie-inkomsten voor andere doeleinden aan te wenden, met name om winsten uit te keren of om de

¹ Art. 16, lid 6 Verord. EP en Raad (EG) nr. 714/2009, 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1228/2003, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 24.

onderhouds- en exploitatiekosten te dekken. Baltic Cable AB vocht de beslissing van de energieregulator aan bij de Zweedse bestuursrechter in eerste aanleg (*Förvaltningsrätt i Linköping*) die vijf prejudiciële vragen richtte aan het Hof van Justitie, die in het geannoteerde arrest van 11 maart 2020 worden behandeld².

Niettegenstaande het arrest handelt over een reeds ingetrokken verordening, blijft het zeer relevant. Vooreerst spreekt het Hof zich in dit arrest uit over de kwalificatie van een *single interconnector company* (hierna aangehaald als: SInC) als TSB. Het positieve antwoord op die vraag blijft ook onder de huidige regelgeving zonder meer relevant, al roept het ook tal van nieuwe interessante vragen op, zoals onder randnummers 5 tot en met 8 nader toegelicht.

Verder heeft het Hof in dit arrest een bijkomende (o.i. *contra legem* en betwistbare) jurisprudentiële uitzonderingsmogelijkheid gecreëerd voor SInC's, t.a.v. de verplichtingen die op hen als TSB toepasselijk zouden moeten zijn. Ook die "krachttoer" – die we nader toelichten onder randnummers 9 tot en met 12 – blijft onder de huidige regelgeving relevant omdat ook tal van verplichtingen die onder de huidige regelgeving gelden voor TSB's niet (of althans niet evident) toepasbaar zijn op SInC's en ook daar mogelijk naar eenzelfde techniek zal worden teruggegrepen.

B. Single interconnector companies

2. Interconnectoren maken doorgaans deel uit van een transmissiesysteem en worden dan beheerd door de TSB die het transmissiesysteem beheert. Uitzonderlijk kunnen ze echter ook beheerd worden door afzonderlijke ondernemingen, die dan uitsluitend instaan voor het beheer van een interconnector (*single interconnector company*). Deze interconnectoren vervullen weliswaar dezelfde functie als interconnectoren die deel uitmaken van een transmissiesysteem, maar ze worden op een andere wijze beheerd en gefinancierd³. Wanneer een interconnector deel uitmaakt van het transmissiesysteem worden de kosten doorgerekend aan de netgebruikers (bv. NorNed, COBRACable ...). Bij een SInC, zoals Baltic Cable AB (*in casu*), Nemo Link, BritNed, ElecLink ... zijn er geen netgebruikers en de beheerder kan dus ook geen kosten doorrekenen aan de netgebruikers⁴. Daardoor heeft een SInC slechts één (voornaam) bron van inkomen, m.n. congestie-inkomsten⁵.

² HvJ (3e k.) 11 maart 2020, nr. C-454/18, ECLI:EU:C:2020:189, Baltic Cable AB t. Energimarknadsinspektionen.

³ P. GIESBERTZ, P. KISTNER en M. STEGER, "The legal and economic challenges for Single Interconnector Companies in the European Electricity Market – The Baltic Cable Case", *Social Science Research Network* 2019, 1-17 (te raadplegen via: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3439447>).

⁴ A. GAUTIER, "Merchant Interconnectors in Europe: Merits and Value Drivers", *Florence School of Regulation* 2020, afl. 5, 4.

⁵ H.P.A. KNOPS en H.M. DE JONG, "Merchant interconnectors in the European Electricity System", *Journal of Network Industries* 2005, afl. 6, 263-264; J. RUMPF en L. HANCHER, "Single Interconnectors and Congestion Management Challenges – The Legal Framework?", *Florence School of Regulation* 2020, afl. 73, 4.

Een *one size fits all*-toepassing van artikel 16, lid 6 van verordening nr. 714/2009, zoals vooropgesteld door o.m. de Europese Commissie⁶, zou dan ook betekenen dat haast alle inkomsten van SInC's onder de beperkingen van die bepaling zouden vallen, en dus niet voor winstuitkeringen en mogelijks zelfs niet voor de onderhoudskosten van de interconnector konden worden aangewend. Dit zou de financiële gezondheid van dergelijke ondernemingen logischerwijze ernstig in het gedrang brengen⁷. Zulke strikte toepassing zou ook de EU-interconnectie-doelstellingen in het gedrang brengen, omdat dit de incentive zou wegnemen om *single interconnector companies* op te richten⁸.

C. Gelden de verplichtingen inzake congestie-inkomsten van artikel 16, lid 6 verordening nr. 714/2009 enkel voor TSB's?

3. De eerste prejudiciële vraag die aan het Hof werd voorgelegd, was of artikel 16, lid 6 van verordening nr. 714/2009 alleen van toepassing was op TSB's. Het bewuste lid 6 verduidelijkte dit niet expliciet, zodat het ook zo gelezen kon worden dat het gold voor iedere ontvangst uit de toewijzing van koppelingcapaciteit, ongeacht wie de ontvanger was van die ontvangsten.

In zijn advies achtte de advocaat-generaal het noodzakelijk dat iedereen die inkomsten uit congestie verwierf, onder de toepassing van de regeling viel, ongeacht of het om een TSB ging⁹. Het Hof besloot echter – terecht – dat deze bepaling enkel betrekking had op TSB's. Uit de overige leden van het artikel 16 verordening nr. 714/2009 blijkt immers duidelijk dat de verplichtingen die erin vermeld staan enkel gelden voor TSB's (doordat er daar wel expliciet naar TSB's verwezen wordt). Het zou onlogisch en inconsequent zijn om het 6e lid van hetzelfde artikel plots een ruimer toepassingsgebied toe te kennen.

4. Die visie van het Hof is inmiddels ook bevestigd door de Uniewetgever, in de huidige Elektriciteitsverordening¹⁰. Artikel 19 van die verordening – dat de nieuwe regeling inzake de aanwending van congestieontvangsten bevat¹¹ – explici-

⁶ HvJ (3e k.) 11 maart 2020, nr. C-454/18, ECLI:EU:C:2020:189, Baltic Cable AB t. Energimarknadsinspektionen, concl. Adv. Gen. E. TANCHEV, overw. 35.

⁷ L. HANCHER, "PODCAST: What is Case C-454/18 Baltic Cable v the EI (the Swedish Regulator) of 11 March about?", *Florence School of Regulation*, 8 april 2020, (te raadplegen via: <https://fsr.eui.eu/the-baltic-cable-case/>).

⁸ Art. 1 Verord. EP en Raad (EG) nr. 714/2009, 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1228/2003, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 17.

⁹ HvJ (3e k.) 11 maart 2020, nr. C-454/18, ECLI:EU:C:2020:189, Baltic Cable AB t. Energimarknadsinspektionen, concl. Adv. Gen. E. TANCHEV, overw. 49.

¹⁰ Verord. EP en Raad (EU) nr. 2019/943, 5 juni 2019 betreffende de interne markt voor elektriciteit, *Pb.L.* 14 juni 2019, afl. 158, 54 (hierna aangehaald als: Elektriciteitsverordening).

¹¹ Met artikel 19, lid 2 bevat de Elektriciteitsverordening nog steeds een bepaling die de besteding van de inkomsten uit koppelingcapaciteit beperkt. In beginsel moeten deze (nog steeds) worden gebruikt om te garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar

teert dat het enkel geldt voor TSB's. Zo bepaalt artikel 19, lid 4 bijvoorbeeld dat het gebruik van congestieontvangsten onderworpen is aan een methodologie die wordt voorgesteld "door de transmissiesysteembeheerders"¹². Op grond van lid 5 stellen de TSB's dan weer jaarlijks vast hoe die ontvangsten zullen worden gebruikt en brengen hierover verslag uit aan ACER. Hieruit blijkt duidelijk dat enkel de congestieontvangsten van TSB's door de regeling worden gevat. Het valt immers niet in te zien hoe de Uniewetgever aan TSB's de bevoegdheid zou kunnen geven om te beslissen over de uitgaven van andere entiteiten (of hierover verslag uit te brengen).

D. Is een interconnector een "transmissiesysteem" en is een onderneming die enkel een interconnector beheert een TSB?

5. Het Hof van Justitie moest in de 2e prejudiciële vraag bepalen of Baltic Cable AB – als onderneming die enkel een interconnector beheert – wel een transmissiesysteembeheerder was.

6. Het Hof moest om die vraag te beantwoorden twee definities uit twee regelingen samen lezen.

Artikel 2, punt 4 van de richtlijn nr. 2009/72 bevatte volgende definitie van de "transmissiesysteembeheerder": "natuurlijke persoon of rechtspersoon die in een bepaald gebied verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, zo nodig, de ontwikkeling van het transmissiesysteem alsook, indien van toepassing, de interconnecties ervan met andere systemen en die ervoor moet zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit"¹³, ¹⁴. Er wordt in die definitie echter niet verduidelijkt (en elders ook niet) wat een "transmissiesysteem"

is en ook niet of een interconnector als een transmissiesysteem kan worden opgevat.

Een "interconnector" werd wel nader gedefinieerd, met name in verordening nr. 714/2009, en dit als een "transmissielijn die een grens tussen lidstaten overschrijdt of overspant, en de nationale transmissiesystemen van de lidstaten onderling koppelt"¹⁵. Volgens het Hof maakte die definitie een duidelijk onderscheid tussen een interconnector en een systeem, waarbij de interconnector een lijn is en dus geen transmissiesysteem.

Aangezien een interconnector dus geen "transmissiesysteem" is, kon men verwachten dat een onderneming die enkel een interconnector exploiteert, dan geen "transmissiesysteembeheerder" is. Volgens het Hof volgt niettemin uit de voornamde definitie van "transmissiesysteembeheerder" immers net dat niet enkel beheerders van transmissiesystemen maar ook beheerders van (uitsluitend) interconnectoren gevat zijn.

Het Hof steunde die conclusie op een aantal overwegingen, zoals de tekst van de definitie van een TSB, artikel 17 verordening nr. 714/2009 en het doel van verordening nr. 714/2009.

7. Hoewel de conclusie van het Hof kan worden bijgetreden, is toch op te merken dat een woordelijke lezing van de definitie van TSB¹⁶ veeleer kon doen besluiten dat een SInC geen TSB is. Het gebruik van het voegwoord "alsook" in die definitie geeft immers aan dat het beheer van interconnectoren daar slechts als een *accessorium* vermeld wordt van het beheer van een transmissiesysteem. Ook de gebruikte benaming ("transmissiesysteembeheerder") doet dit veronderstellen, omdat een interconnector net niet als een transmissiesysteem beschouwd wordt (zoals het Hof heeft bevestigd). Daarenboven hielden de verplichtingen van artikel 16, lid 6 verordening nr. 714/2009 inhoudelijk geenszins rekening met het bestaan van SInC als TSB. Het is precies daarom dat het Hof in het antwoord op de 4e prejudiciële vraag een juridische krachttoer moest uithalen, gesteund op het verbod tot discriminatie, om een extra jurisprudentiële uitzondering op de toepassingsbeperkingen van artikel 16, lid 6 te creëren voor SInC's.

Het is dan ook duidelijk dat de Uniewetgever niet zeer helder en consequent voor ogen heeft gehouden dat ook een persoon die uitsluitend een interconnector beheert, gekwalificeerd kan worden als TSB. Het Hof erkent dit en wijst er immers op dat de Uniewetgever in verordening nr. 714/2009 inderdaad niet uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de situatie waarin een TSB uitsluitend een "transmissielijn" (interconnector) exploiteert, om dan toch te concluderen dat niets erop wijst dat het de bedoeling van de Uniewetgever was om een marktdeelnemer die uitsluitend een (of meer)

is of voor volgende doelstelling: "de zoneoverschrijdende capaciteit handhaven of vergroten door optimalisering van het gebruik van de bestaande interconnectoren, indien nodig door middel van gecoördineerde corrigerende acties; de kosten dekken die voortvloeien uit investeringen in het net die relevant zijn voor het reduceren van de interconnectiecongestie". Tegelijkertijd is te wijzen op een aantal belangrijke verschillen met de regeling van het voormalige art. 16, lid 6. Afwijkend van artikel 16, lid 6, onder b) verordening nr. 714/2009 – waarin stond dat de eventuele ontvangsten konden dienen om de koppelingcapaciteit te handhaven of te vergroten door investeringen in "nieuwe interconnectoren" – wordt in artikel 19, lid 2 van de Elektriciteitsverordening ook wel gesproken van bestaande interconnectoren. Verder laat artikel 19, lid 2 bv. ook een opening naar gecoördineerde corrigerende acties voor het dekken van de kosten die voortvloeien uit investeringen in het net die relevant zijn voor het reduceren van de interconnectiecongestie (zoals kosten voor exploitatie en onderhoud). Zie verder over de verschillen tussen beide regelingen: J. RUMPF en L. HANCHER, "Single Interconnectors and Congestion Management Challenges – The Legal Framework?", *Florence School of Regulation* 2020, afl. 73, 9-11.

¹² ACER legde de methodologie inmiddels vast door middel van beslissing nr. 38/2020 van 23 december 2020.

¹³ Art. 2, 4 Richtl. EP en Raad nr. 2009/72/EG, 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijk regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 62.

¹⁴ Art. 2, punt 35 huidige Richtl. (EU) nr. 2019/944 (hierna aangehaald als: Elektriciteitsrichtlijn) bevat een identieke definitie.

¹⁵ Art. 2, lid 1 Verord. (EG) nr. 714/2009; zie ook: art. 2, 1 Elektriciteitsverordening.

¹⁶ *Supra*, nr. 6.

interconnector(en) exploiteert en onderhoudt, uit te sluiten van het begrip “transmissiesysteembeheerder”¹⁷.

8. Dat de Nieuwetgever niet op consequente wijze rekening heeft gehouden met die kwalificatie van *single interconnector companies* als TSB’s, blijkt ook uit tal van andere verplichtingen in de elektriciteitswetgeving. Voor de verplichtingen van artikel 16 van verordening nr. 714/2009 heeft het Hof (zie randnummers 9 tot en met 12) via een *tour de force* weliswaar ruimte gecreëerd voor een meer flexibele regeling voor zulke ondernemingen. Het valt echter sterk te betwijfelen of hetzelfde mogelijk zal zijn voor al de andere verplichtingen of rechten die gelden voor TSB’s en die allicht niet bedoeld werden (of minstens niet steeds even eenvoudig te implementeren zijn) voor de beheerders van (enkel) een interconnector¹⁸. Dit geldt trouwens ook onder de huidige regelgeving. Zo kan bv. worden gewezen op:

- de verplichting voor TSB’s om in te staan voor de dimensionering van reservecapaciteit¹⁹;
- de verplichting om balanceringscapaciteit in te kopen²⁰;
- de publicatieverplichting van de actuele systeembalans van de TSB-programmeringszones, de geraamde prijzen van onbalansen en de geraamde prijzen voor balanceringsenergie²¹;
- de organisatie van het beheer van de geïntegreerde day-ahead- en intradaymarkten²²;
- participatie in ENTSO-E²³;
- de betrokkenheid en inspraak van de TSB bij de herziening van biedzones²⁴;
- de betrokkenheid van de TSB bij de opmaak en uitvoering van actieplannen om structurele congesties te verminderen²⁵;
- de verantwoordelijkheden inzake het algemeen congestiebeheer en de aanpak van congestieproblemen²⁶;
- de verplichting om een methodologie voor nettarieven op te maken²⁷;
- de participatie in regionale coördinatiecentra²⁸ ;
- regels met betrekking tot de certificering als transmissiesysteembeheerder²⁹;
- ...

Voor de meeste van die verplichtingen is er in de regelgeving geen uitsluitingsgrond opgenomen om SInC’s geheel of deels van die verplichtingen vrij te stellen, zodat daarbij dan de vraag rijst of zulke uitsluitingen wel kunnen en – indien

wel – in welke mate. Te vrezen valt dat die onduidelijkheid zal leiden tot tal van uiteenlopende interpretaties door de respectieve betrokken SInC’s en regulatoren. Dit valt sterk te betreuren, aangezien dit niet alleen afbreuk doet aan de investeringszekerheid voor de SInC’s, maar ook aan het streven naar een eengemaakt juridisch kader in heel de EU.

In sommige gevallen zijn er dan weer wel (al dan niet uitdrukkelijke) uitsluitingsmogelijkheden bepaald. Zo laat de nieuwe Elektriciteitsverordening alvast wel een flexibeler benadering voor congestie-inkomsten toe en kent hierbij een belangrijke rol toe aan ACER³⁰.

Een ander voorbeeld is te vinden in de verordening van de Commissie nr. 2017/2195, waarin het regime omtrent balanceren vervat ligt. Artikel 1, lid 4 van die verordening bepaalt: “Wanneer er in een lidstaat meer dan één TSB is, geldt deze verordening voor alle TSB’s in die lidstaat. Wanneer een TSB geen functie uitoefent die betrekking heeft op één of meer verplichtingen uit hoofde van deze verordening, kunnen de lidstaten bepalen dat de verantwoordelijkheid om aan die verplichtingen te voldoen wordt toegewezen aan één of meerdere TSB’s.”³¹ Hier is duidelijk dat er een min of meer discretionaire bevoegdheid bij de lidstaten wordt gelegd die bovendien doorheen de tijd naar wil gewijzigd kan worden. Er is dus opnieuw een reëel risico dat van een eengemaakt juridisch kader en de beoogde investeringszekerheid voor de SInC’s geen sprake zal zijn.

E. Mogen SInC’s flexibeler met hun congestie-inkomsten omspringen dan andere TSB’s?

9. Door de SInC’s te kwalificeren als TSB werden die immers ook onderworpen aan de beperkingen tot aanwending van de congestie-inkomsten van artikel 16, lid 6 verordening nr. 714/2009.

Waar congestie-inkomsten voor een (echte) TSB slechts een beperkt aandeel in het totale inkomen vertegenwoordigen en deze over een ruim actieterrein beschikt om die inkomsten aan te wenden om de interconnectie van zijn net te handhaven of te vergroten, is dat voor SInC’s echter veel minder het geval. De congestie-inkomsten vertegenwoordigen doorgaans het grootste aandeel van hun inkomsten (voor Baltic Cable ging het bv. over een percentage van 70 %). Daarenboven beschikken zij nauwelijks over mogelijkheden om die inkomsten aan te wenden voor de doelstellingen vervat in artikel 16, lid 6 van verordening nr. 714/2009 (*nl. (i) het garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk*

¹⁷ HvJ (3e k.) 11 maart 2020, nr. C-454/18, ECLI:EU:C:2020:189, Baltic Cable AB t. Energimarknadsinspektionen, overw. 46.

¹⁸ S. GOLDBERG en C. DAVIS, “The Baltic Cable Case: A New Level Playing Field for Single Interconnector Transmission System Operators?”, *CoRe* 2020, vol. 3, 245-248.

¹⁹ Art. 6, lid 7 Elektriciteitsverordening.

²⁰ Art. 6, lid 8 Elektriciteitsverordening.

²¹ Art. 6, lid 13 Elektriciteitsverordening.

²² Art. 7, lid 1 Elektriciteitsverordening.

²³ Art. 28 Elektriciteitsverordening.

²⁴ Art. 14 Elektriciteitsverordening.

²⁵ Art. 15 Elektriciteitsverordening.

²⁶ Art. 16 en 17 Elektriciteitsverordening.

²⁷ Art. 18 Elektriciteitsverordening.

²⁸ Art. 35 Elektriciteitsverordening.

²⁹ Art. 51 Elektriciteitsverordening.

³⁰ In uitvoering van artikel 19, lid 4 van de Elektriciteitsverordening keurde ACER op 23 december 2020 een methodologie voor de aanwending van congestie-inkomsten goed. Niet-uitgesloten SInC’s, zoals Baltic Cable, vallen hierbij ook onder het toepassingsgebied van de methodologie en volgens ACER laat de methodologie toe dat congestie-inkomsten door hen worden aangewend voor kapitaalvergoeding en om de onderhouds- en exploitatiekosten te dekken.

³¹ Art. 1, lid 4 Verord.Comm. nr. 2017/2195, 23 november 2017 tot vaststelling van richtsnoeren voor elektriciteitsbalancerings, *Pb.L.* 28 november 2017, afl. 312, 8.

beschikbaar is, (ii) de koppelingscapaciteit handhaven of vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren, of (iii) in ondergeschikte orde, als inkomsten die door de regulerende instanties in aanmerking moeten worden genomen bij de goedkeuring van de methode voor de berekening van de nettarieven).

Dit geldt des te meer aangezien het Hof in het antwoord op de 3e prejudiciële vraag de mogelijkheid om de congestie-inkomsten aan te wenden om “de koppelingscapaciteit [te] handhaven of [te] vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren” eng heeft geïnterpreteerd. Baltic Cable had met name geargumenteed dat het aanwenden van de inkomsten voor de onderhouds- en exploitatiekosten van hun eigen interconnector hier perfect onder kon vallen, zelfs indien dit niet met nieuwe investeringen gepaard ging. Het Hof verwerpt die benadering echter en stelt – terecht – dat “de Uniewetgever er de aandacht op gevestigd [heeft] dat de in deze bepaling bedoelde ontvangsten, waaronder die welke worden aangewend voor het onderhoud van de bestaande interconnectoren, een ‘investering’ moeten vormen, ongeacht of het nu gaat om een investering ter uitbreiding van de koppelingscapaciteit, dan wel voor het behoud daarvan. [...] Aangezien het bij de exploitatie- en onderhoudskosten van een interconnector niet om dergelijke investeringen gaat, vallen zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van verordening nr. 714/2009.” De bewoordingen van artikel 16 (dat uitdrukkelijk spreekt van “investeringen”) laten voor een ruimere uitlegging inderdaad weinig ruimte.

10. Artikel 16, lid 6, tweede alinea verordening nr. 714/2009 stipuleerde verder dat de ontvangsten waarvan aangetoond werd dat ze niet konden worden aangewend voor “het garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar is, en/of de koppelingscapaciteit handhaven of vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren” wel een andere bestemming kunnen krijgen. Met name is het dan toegestaan dat ze “onder voorbehoud van goedkeuring door de regulerende instanties van de betrokken lidstaten voor een door die instanties maximumbedrag [kunnen] worden aangewend als inkomsten die door de regulerende instanties in aanmerking moeten worden genomen bij de goedkeuring van de methode voor de berekening van de nettarieven, en/of de vaststelling van de nettarieven”³². Daarbij was dan opnieuw de vraag hoe die passage te begrijpen is voor SInC’s. Vermits deze ondernemingen per definitie geen nettarieven kunnen aanrekenen omdat ze geen netgebruikers hebben, is het onmogelijk, naar luid van het Hof, om deze bepaling van toepassing te verklaren op dergelijke ondernemingen³³. Ook deze piste lijkt derhalve voor de SInC’s geen oplossing te kunnen bieden.

11. Het Hof lost het probleem – in antwoord op de 4e prejudiciële vraag – dan maar op door een eigen ontsnap-

pingspiste te creëren. Door middel van een samenlezen van enkele beginselen en overwegingen creëerde het Hof een “extra uitzondering” op artikel 16, lid 6.

Het Hof verwijst vooreerst naar artikel 16, lid 1 van verordening nr. 714/2009, waarin stond dat verschillen in behandeling op een niet-discriminerende wijze dienden te worden aangepakt (cf. artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie). Verder wordt gewezen op overweging 21 van dezelfde verordening, volgens dewelke er mag worden afgeweken van de regels voor het gebruik van eventuele inkomsten uit congestie, mits de specifieke aard van de betrokken interconnector dat rechtvaardigt. Gelet op de specifieke aard van de betrokken interconnector mocht er, aldus het Hof, worden afgeweken van de regels die golden voor het gebruik van eventuele inkomsten uit congestie, omdat een strikte toepassing *single interconnector companies* op een discriminerende wijze zou behandelen.

Voorts steunt het Hof die conclusie op artikel 12, a) van richtlijn nr. 2009/72, dat bepaalde dat de TSB’s hun activiteiten moeten kunnen uitoefenen “onder economisch aanvaardbare voorwaarden”. In samenlezing met artikel 16, lid 6, tweede lid, concludeert het Hof dat de geïnde congestie-inkomsten door een SInC zonder bijkomende uitzondering niet op efficiënte wijze besteed konden worden. Bovendien stelt het Hof vast dat een SInC zijn activiteiten dan niet op een economisch aanvaardbare wijze kan uitoefenen, vermits hij onvoldoende rendement kan halen uit zijn activiteiten.

Het Hof besloot echter niet tot een strijdigheid, maar besloot daarentegen dat er voor de nationale regulatoren een plicht bestaat om SInC’s toe te staan hun inkomsten flexibeler aan te wenden³⁴. Het is opmerkelijk dat het Hof aldus een jurisprudentiële uitzondering (*contra legem*) tot stand brengt en de regulatoren bovendien een verplichting oplegt dit toe te staan. Rumpf en Hancher merken dit ook op en formuleren voorzichtig dat het Hof tot een “bijna” *contra legem*-interpretatie kwam, teneinde te vermijden een schending van het non-discriminatiebeginsel vast te stellen³⁵. O.i. gaat het hier niet om een “bijna” *contra legem*-interpretatie, maar om een “duidelijke” *contra legem*-interpretatie.

12. Dat het Hof ervoor koos om deze “tour de force” toe te passen, veeleer dan de exceptie van onwettigheid t.a.v. artikel 16, lid 6 verordening nr. 714/2009 toe te passen³⁶, valt allicht wel te verklaren doordat het ervoor terugdeinsde de SInC’s volledig te onttrekken aan enige controle op de aanwending van de congestieontvangsten. Met deze uitspraak blijft de beperking – en het toezicht door de regulatoren hierop – in hoofdorde wel bestaan, maar wordt aan de regulatoren meegegeven dat ze rekening moeten houden met de specifieke eigenheden van de SInC. Hoewel het pragmatisme

³² HvJ (3e k.) 11 maart 2020, nr. C-454/18, ECLI:EU:C:2020:189, Baltic Cable AB t. Energimarknadsinspektionen, overw. 65.

³³ *Ibid.*, overw. 68.

³⁴ *Ibid.*, overw. 78.

³⁵ J. RUMPF en L. HANCHER, “Single Interconnectors and Congestion Management Challenges – The Legal Framework?”, *Florence School of Regulation* 2020, afl. 73, 13.

³⁶ Op basis van art. 277 VWEU.

van het Hof wel te smaken valt, kunnen bij het resultaat en de gevolgen ervan o.i. toch ernstige vragen worden gesteld. Vooreerst dreigt dit tot grote rechtsonzekerheid te leiden voor de betrokken SInC's, die zich immers geconfronteerd zullen weten met regulatoren die zich ongetwijfeld een grote discretionaire bevoegdheid zullen toe-eigenen bij het concreet invullen van de jurisprudentiële uitzondering. In beginsel zullen er bovendien steeds twee regulatoren betrokken zijn, gelet op het inherent grensoverschrijdend karakter van een interconnector. Ook kan er een grote ongelijkheid uit voortvloeien tussen de verschillende SInC binnen de EU, afhankelijk van hun onderhandelingsmarge en de welwillendheid van de betrokken regulatoren. Zulks is allerminst bevorderlijk voor het streven naar een Europees geharmoniseerd juridisch kader.

F. Conclusie

13. Het Hof van Justitie heeft met dit arrest twee interpretatieve krachttoeren uitgehaald:

- vooreerst inzake de definitie van TSB om – tegen de letterlijke tekst in – SInC's toch als TSB te kwalificeren;
- vervolgens door, op basis van het non-discriminatiebeginsel en andere overwegingen, een extra jurisprudentiële uitzondering te creëren op de verplichtingen zoals vervat in verordening nr. 714/2009 en de regulatoren een verplichting op te leggen die uitzondering desgevallend toe te passen.

We argumenteerden dat die benadering geenszins tot een rechtszekere en geharmoniseerde oplossing leidt voor de toepasselijkheid van de regels die gelden voor SInC's. Geval per geval (en lidstaat per lidstaat) zal immers – ook onder de huidige wetgeving – na te gaan zijn of en in welke mate de regels die in het algemeen voor TSB's bepaald zijn ook onverkort gelden voor SInC's. In bepaalde gevallen is in de regelgeving zelf een basis terug te vinden om bepaalde vrijstellingen of nuanceringen te bepalen. Met dit arrest creëert het Hof echter ook een basis om – op grond van gelijkheid en andere overwegingen – regulatoren te verplichten t.a.v. bepaalde andere verplichtingen zulke nuances of afwijkingen te aanvaarden. Zulks valt te betreuren en er moet o.i. veeleer gestreefd worden naar een uniforme wettelijke regeling op Europees niveau. De huidige situatie bestendigt de bestaande rechtsonzekerheid (en dus ook negatieve impact op de investeringszekerheid). Bovendien leidt het tot verschillende regimes en regels in de lidstaten, wat men met de keuze van een verordening als juridisch instrument net beoogde te vermijden.

Frederik Vandendriessche

Centrum Milieu- & Energierecht UGent – advocaat

Angelo Goethals

Centrum Milieu- & Energierecht UGent – PhD-researcher