

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.621 van 28 november 2013
in de zaak A. 208.836/VII-38.819.**

In zake : 1. de opdrachthoudende vereniging INFRAX WEST
 2. de CVBA PROVINCIALE BRABANTSE
 ENERGIEMAATSCHAPPIJ
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Thomas Chellingsworth en Dominique Vanherck
 kantoor houdend te 1200 Brussel
 Neerveldstraat 101-103
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de VLAAMSE REGULATOR VAN DE
ELEKTRICITEITS- EN GASMARKT (VREG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Damien Verhoeven en Kristof Hectors
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 mei 2013, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de "Mededeling van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 maart 2013 met betrekking tot de principes en procedures ter implementatie van het solidariteitsmechanisme (MEDE-2013-02)".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 oktober 2013.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Chellingsworth, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Kristof Hectors, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partijen zijn aangewezen als distributienetbeheerders voor elektriciteit.

Op grond van de artikelen 7.1.6 en 7.1.7 van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (energie-decreet), zoals ze van toepassing waren op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, geldt voor de netbeheerders een opkoopverplichting van groenestroomcertificaten (GSC) die hen door producenten worden aangeboden, en dit tegen een decretaal vastgelegde waarde of minimumprijs.

Afhankelijk van de penetratiegraad van zonnepanelen in de verschillende netgebieden, zullen de meerkosten tussen de netbeheerders sterk verschillen. Reden waarom de decreetgever het volgende solidariseringsmechanisme heeft voorzien :

"Vanaf het jaar 2010 verrekenen de netbeheerders, met uitzondering van de netbeheerder die overeenkomstig de federale Elektriciteitswet ook als transmissienetbeheerder is aangeduid, jaarlijks in het jaar n onderling de meerkost van de verplichting, vermeld in § 1, in verhouding tot de hoeveelheden verdeelde elektriciteit in het jaar n-1. De te verdelen kost wordt per netbeheerder beperkt tot een percentage van het distributiebudget, dat overeenstemt met het aandeel dat de kost van de verplichting voor alle betrokken netbeheerders samen vertegenwoordigt in het totale distributiebudget, plus 5 %".

3.2. Om duidelijkheid te scheppen over de manier waarop het solidariseringsmechanisme moet worden toegepast, heeft de verwerende partij mededelingen verspreid.

Met de thans bestreden akte "Mededeling van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 maart 2013 met betrekking tot de principes en procedures ter implementatie van het solidariteitsmechanisme" wil de verwerende partij verduidelijken hoe de in te brengen (meer)kost per distributienetbeheerder wordt berekend en de verdeling van de ingebrachte kosten over de distributienetbeheerders tot stand komt.

3.3. Bij brief van 28 maart 2013 deelt de eerste verzoekende partij aan de verwerende partij mee verwonderd te zijn over de nieuwe berekeningswijze. Zij stelt dat de wijzigingen belangrijke financiële implicaties hebben, onaangekondigd zijn doorgevoerd en ongemotiveerd zijn. In dezelfde brief wordt er op gewezen dat zij niet de kans heeft gehad haar standpunt formeel ter kennis te brengen op een hoorzitting. Tot slot dringt de eerste verzoekende partij er bij de verwerende partij op aan de motieven voor de wijziging van de bestaande mededeling alsook haar houding in dit dossier te herzien.

3.4. Ingevolge voormeld schrijven organiseert de verwerende partij op 11 april 2013 een hoorzitting. Op die hoorzitting verzoekt de eerste verzoekende partij onder meer dat de mededeling van 5 maart 2013 zou worden ingetrokken en om "vooraleer desgevallend een nieuwe wijziging van die mededeling door te voeren, de marktpartijen op een objectieve en niet-discriminerende wijze te consulteren en hun de gelegenheid te bieden op nuttige wijze hun standpunt mee te delen".

3.5. Op 2 mei 2013 deelt de verwerende partij mee dat zij niet ingaat op de vraag tot intrekking.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State - Ontvankelijkheid van de vordering

4. In haar nota werpt de verwerende partij op dat er geen sprake is van een aanvechtbare administratieve rechtshandeling in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Bovendien zouden de verzoekende partijen om meerdere redenen niet over het in rechte vereiste belang beschikken. In ondergeschikte orde wordt aangevoerd dat de Raad van State zonder rechtsmacht is aangezien de betwisting betrekking heeft op subjectieve rechten.

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de opgeworpen excepties een uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties is alleen nodig indien zou komen vast te staan dat beide grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Onderzoek van de vordering

6. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd

die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7. Ter adstructie van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, zetten de verzoekende partijen in hun verzoekschrift het volgende uiteen :

"80 Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is niet enkel financieel, maar ook en vooral competitief van aard.

81 De bestreden beslissing geeft aanleiding tot een grotere kostenongelijkheid tussen de distributienetbeheerders, zoals de VREG zelf toegeeft in haar brief van 2 mei 2013. Die kostenongelijkheid bestaat erin dat bepaalde distributienetbeheerders (waaronder verzoeksters) een groter deel van de meerkosten van de GSC- en WKC-opkoopverplichtingen zelf moeten dragen (en minder recupereren uit het solidariseringsmechanisme), terwijl andere distributienetbeheerders minder moeten bijdragen aan het solidariseringsmechanisme.

82 Uit de tabellen in randnummer 25 blijkt dat de distributienetbeheerders met Eandis als werkmaatschappij, ingevolge de bestreden beslissing minder zullen moeten bijdragen aan het solidariseringsmechanisme (kostenbesparing), terwijl de distributienetbeheerders met Infrax als werkmaatschappij minder zullen kunnen recupereren uit het solidariseringsmechanisme (kostenstijging):

- De 'Eandis-distributienetbeheerders' zullen voor 2012 slechts EUR 19.261.109 moeten betalen in het kader van de verrekening, in plaats van EUR 32.009.832 onder de oude berekeningsmethode van de VREG. Voor de Eandis-distributienetbeheerders betekent de bestreden beslissing dus een besparing van EUR 12.748.723;
- De 'Infrax-distributienetbeheerders' zullen voor 2012 slechts EUR 19.261.109 kunnen recupereren in het kader van de verrekening, in plaats van EUR 32.009.832. Voor hen betekent de bestreden beslissing dus een bijkomend te dragen kost van EUR 12.748.723. Dit vertegenwoordigt 3,7% van hun distributiebudget voor elektriciteit.

83 Die cijfers hebben enkel op 2012 betrekking. De solidarisering, en de grotere kostenongelijkheid waartoe de bestreden beslissing leidt, zijn echter een jaarlijks weerkerend gegeven.

84 De kostenstijging bij de Infrax-distributienetbeheerders (waaronder verzoeksters) en de besparing bij de Eandis-distributienetbeheerders als gevolg van de bestreden beslissing is, het weze benadrukt, niet het gevolg van enige (in)efficiëntie, maar wel van de grotere aanwezigheid van (met name) zonnepanelen binnen het distributiegebied van de Infrax-distributienetbeheerders. Op die aanwezigheid hebben de distributienetbeheerders geen enkele greep. Bij gelijke efficiëntie worden de Infrax-distributienetbeheerders dus benadeeld door de grotere aanwezigheid van zonnepanelen. Dat nadeel wordt slechts ten dele - en ingevolge de bestreden

beslissing veel minder dan vroeger - weggewerkt door de solidarisering.

85 Het blijft echter niet bij een toegenomen kostenongelijkheid. Op grond van zowel de DER als de Elektriciteitswet moeten de gereguleerde tarieven van de distributienetbeheerders kostenreflectief zijn. De kostenongelijkheid die uit de bestreden beslissing voortvloeit, zal zich dus moeten vertalen in de gereguleerde distributietarieven: de besparing c.q. kostenstijging zal bijgevolg in een volgende tariefperiode, dit wil zeggen vanaf 1 januari 2015, doorberekend moeten worden in de tarieven.

86 De bestreden beslissing zal dus niet enkel tot een grotere kostenongelijkheid leiden (zoals de VREG zelf toegeeft). Zij zal ook leiden tot een tarifaire scheeftrekking, namelijk een relatieve stijging van de gereguleerde tarieven van de Infrax-distributienetbeheerders in vergelijking met die van de Eandis-distributienetbeheerders.

87 Die tarifaire scheeftrekking dreigt een ernstig competitief nadeel te vormen bij de hernieuwing van de mandaten van de distributienetbeheerders, waarbij de gemeenten een keuze zullen hebben tussen een Infrax-distributienetbeheerder of een Eandis-distributienetbeheerder. In die concurrentie zal de hoogte van de distributietarieven een zeer belangrijke mededingingsparameter zijn.

88 De distributienetbeheerders in het Vlaamse Gewest zijn door de VREG aangewezen voor een duur van 12 jaar vanaf 5 september 2002. Hun mandaat verstrijkt dus op 5 september 2014. Het staat aan de gemeenten-eigenaars van het distributienet om vóór die datum een nieuwe voordracht van een distributienetbeheerder in te dienen bij de VREG. Daarbij hoeven die gemeenten niet dezelfde distributienetbeheerder te kiezen als voorheen: zij kunnen 'overstappen'.

89 De hoogte van de gereguleerde distributietarieven is vanzelfsprekend een belangrijke parameter in die concurrentie tussen Infrax en Eandis. Bij de recente overname van het distributienet van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen ('GHA') was dit zelfs een doorslaggevende parameter. Eind 2010 verkocht het GHA haar distributienet voor elektriciteit. Zij heeft daarbij onderhandeld met zowel Infrax als Eandis. Het GHA verkocht haar net uiteindelijk aan een Infrax-distributienetbeheerder, namelijk Iveg, omdat deze laatste meer competitieve tarieven hanteerde dan de concurrentie.

90 Dat de bestreden beslissing in 2012 een kostenstijging genereert van 'slechts' 3,7% van het distributiebudget voor elektriciteit van de Infrax-distributienetbeheerders, mag niet misleiden. Er is immers een corresponderende kostenbesparing bij de Eandis-distributienetbeheerders. De relatieve verschuiving (kostenstijging aan Infrax-zijde + kostenbesparing aan Eandis-zijde) zal dus groter zijn. Bovendien is de beslissing van een gemeente om voor een periode van twaalf jaar een distributienetbeheerder voor te dragen, een belangrijke keuze met aanzienlijke (financiële) gevolgen. Zelfs een tariefverschil van enkele procenten is bij een dergelijke beslissing voldoende om doorslaggevend te zijn.

91 Het competitieve tariefnadeel dat de Infrax-distributienetbeheers zullen lijden als gevolg van de bestreden beslissing, is dus ernstig.

92 Dat nadeel is ook moeilijk zoniet onmogelijk te herstellen. Eens de (door de toegenomen kostenongelijkheid vertekende) concurrentie heeft

plaatsgevonden en gemeenten beslist hebben om een Infrax- dan wel Eandis-distributienetbeheerder voor te dragen, namelijk vóór 5 september 2014, en de VREG de betrokken netbeheerder aangewezen heeft, kan een latere tariefcorrectie, in voorkomend geval naar aanleiding van een vernietigingsarrest van Uw Raad, die aanwijzing niet terugdraaien. Eens de concurrentiestrijd gestreden is, is het nadeel onherroepelijk".

Beoordeling

8. Luidens artikel 8, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State moet het enig verzoekschrift houdende een vordering tot schorsing een uiteenzetting bevatten van de feiten die kunnen aantonen dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de aangevochten akte de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen. De verzoekende partij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar moet integendeel zeer concrete gegevens overleggen waaruit blijkt dat zij persoonlijk een moeilijk te herstellen ernstig nadeel ondergaat of kan ondergaan, zodat de Raad van State met voldoende precisie kan nagaan of er al dan niet een dergelijk nadeel voorhanden is en het voor de tegenpartij mogelijk is om zich met kennis van zaken tegen de door de verzoekende partij aangehaalde feiten en argumenten te verdedigen. Dit houdt in dat de verzoekende partij concrete en precieze aanduidingen moet verschaffen omtrent de aard en de omvang van het nadeel dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de aangevochten beslissing veroorzaakt.

9. Een financieel nadeel is in beginsel geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel, tenzij bijzondere redenen worden aangevoerd waaruit blijkt dat dit wel het geval is. Aldus zal het nadeel meer dan louter financieel zijn wanneer wordt aangetoond dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing tot gevolg heeft dat de activiteit van de verzoekende partij op een definitieve wijze in gevaar wordt gebracht of wanneer een belangrijk deel van de activiteiten van de verzoekende partij moet worden stopgezet waardoor zij op het faillissement afstevent, minstens waardoor het financieel evenwicht van het bedrijf ernstig in gevaar wordt gebracht.

De aan de bestreden mededeling toegeschreven "grotere kostenongelijkheid" tussen de verschillende distributienetbeheerders is in wezen een puur financieel nadeel. De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat zij de mindere ontvangsten uit het solidariseringsmechanisme onmogelijk gedurende een bepaalde exploitatietermijn kunnen dragen, dermate dat de eventuele vernietiging van de bestreden mededeling onherroepelijk te laat zou komen. Bovendien geven de verzoekende partijen in hun uiteenzetting zelf aan dat zij op grond van 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 (derde elektriciteitsrichtlijn) en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (electriciteitswet) "kostenreflectieve" distributietarieven moeten hanteren, hetgeen concreet betekent dat de meerkosten die voortvloeien uit de opkoopverplichting van groenestroomcertificaten uiteindelijk doorberekend zullen worden in de tarieven van de netgebruikers. Het toepasselijke wettelijke kader noopt derhalve tot het ernstig relativeren van het dadelijk financieel nadeel dat de verzoekende partijen zelf zullen lijden.

In zoverre de verzoekende partijen vervolgens wijzen op het competitief nadeel dat zij zullen ondergaan door de doorrekeningsverplichting - de zogenaamde "tarifaire scheeftrekking" tussen de Infrax-distributienetbeheerders en de Eandis-distributienetbeheerders - geldt de vaststelling dat deze beweerde scheeftrekking van de distributienettarieven zich pas zal voordoen met ingang van de volgende tariefperiode op 1 januari 2015. Het nadeel dat de verzoekende partijen zeggen te zullen ondergaan doordat zij een nieuwe voordracht van de gemeenten - eigenaars van het distributienet - zullen mislopen, is louter hypothetisch, alleen al omdat niet vaststaat dat de beweerde tarifaire gevolgen op zich determinerend zijn voor de keuze van de distributienetbeheerder.

10. Hieruit volgt dat niet voldaan is aan één van de bij artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te kunnen bevelen.

Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

De Raad van State verwierpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig november tweeduizend dertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Peter Sourbron