

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.954 van 30 juni 2020
in de zaak A. 221.640/VII-39.932**

In zake : de GmbH RWE SUPPLY & TRADING,
 vennootschap naar Duits recht
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten David Haverbeke en Wouter Vandorpe
 kantoor houdend te 1040 Brussel
 Louis Schmidtlaan 29
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Energie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Emmanuel Jacubowitz en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ELIA SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Cedric Degreef
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 maart 2017, strekt tot de nietigverklaring van “het Koninklijk Besluit van 25 december 2016 ter oplegging aan RWE Supply & Trading GmbH van een openbare dienstverplichting met betrekking tot het volume en de prijs voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen vanaf 1 januari 2017 tot en met 31 december 2017”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 21 juni 2017. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 oktober 2019.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat David Haverbeke, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Cedric Degreef, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Op 6 juni 2016 laat de nv Elia System Operator (hierna: nv Elia) in het Publicatieblad van de Europese Unie bekendmaken dat zij een raamovereenkomst wenst te sluiten voor de levering van reactief vermogen voor de periode van 1 januari 2017 tot en met 31 december 2017. Het betreft een ondersteunende dienst die kadert in het beheer van het elektriciteitstransmissienet en die er in essentie toe strekt een stabiel spanningsniveau (voltage) op het net te waarborgen door een bepaald type vermogen op het net te injecteren, dan wel er af te absorberen.

De voorwaarden voor het indienen van een offerte worden bepaald in een document met biedinstructies (*bidding instructions*). De voorwaarden voor de eigenlijke levering van reactief vermogen zijn opgenomen in een model van raamcontract (*framework contract*).

Blijkens de biedinstructies en het model van raamcontract dienen de leveranciers een prijs op te geven die bestaat uit enerzijds een variabele vergoeding per geleverde eenheid reactief vermogen uitgedrukt in euro/Mvarh en anderzijds een vaste vergoeding per jaar en per productie-eenheid. De vaste vergoeding mag enkel additionele kosten dekken die rechtstreeks verbonden zijn aan de levering van reactief vermogen.

3.2. Er worden vier offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij met vermelding van de productie-eenheid T-Power te Tessengerlo.

3.3. Op 12 augustus 2016 stelt de nv Elia een verslag op over de aangeboden prijzen voor de levering van reactief vermogen.

3.4. Over het al dan niet manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen maakt de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) op 13 oktober 2016 verslag op. In drie van de

vier offertes worden door de CREG onredelijke prijzen vastgesteld. Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij is de CREG van oordeel dat de gevraagde vaste vergoeding onredelijk is omdat ze kosten bevat die de leverancier hoe dan ook moet dragen los van enige levering van reactief vermogen, wat niet toegelaten zou zijn door de biedinstructies.

3.5. Op 15 december 2016 brengt de CREG een advies uit over een ontwerp van koninklijk besluit tot oplegging aan de RWE Supply & Trading GmbH van een openbare dienstverplichting met betrekking tot het volume en de prijs voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen vanaf 1 januari 2017 tot en met 31 december 2017.

3.6. Op 25 december 2016 wordt het bestreden koninklijk besluit genomen waarbij een openbare dienstverplichting met betrekking tot het volume en de prijs voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen vanaf 1 januari 2017 tot en met 31 december 2017 aan de verzoekende partij wordt opgelegd. Zij krijgt de door haar gevraagde variabele vergoeding volledig toegekend, maar de gevraagde vaste vergoeding wordt integraal geweigerd.

Het bestreden koninklijk besluit is als volgt gemotiveerd:

“Gelet op de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, gewijzigd bij de wet van 12 januari 2012 (hierna ‘electriciteitswet’), artikel 12quinquies, § 1;

Gelet op het koninklijk besluit van 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe (hierna ‘technisch reglement’), de artikelen 257, 258, 259 e[n] 260;

Gelet op het verslag van de netbeheerder van 12 augustus 2016 met betrekking tot de offertes ontvangen voor de dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen gericht aan de CREG en de Minister van Energie en dat werd opgesteld in toepassing van artikel 12quinquies van de electriciteitswet;

Gelet op het verslag (RA)161013-CDC-1572 van 13 oktober 2016 van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas alsook het addendum aan dit rapport van 10 november 2016 betreffende het al dan niet manifest onredelijke karakter van de aan de NV Elia System Operator aangeboden prijzen voor de levering van de ondersteunende dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen voor 2017, uitgevoerd in

toepassing van artikel 12quinquies § 1, tweede lid en artikel 23, § 2, 43°, van de elektriciteitswet;

Gelet op het advies nr. (A) 1596 van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas van 15 december 2016;

Overwegende dat de dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen ervoor moet zorgen dat de netbeheerder beschikt over voldoende middelen om de spanning te regelen opdat de spanning van het elektrische net binnen de materiële limieten uitgebaat kan worden;

Overwegende dat de spanningsregeling een belangrijk lokaal aspect heeft en de netbeheerder dus nood heeft aan middelen voor de spanningsregeling die voldoende verspreid liggen in de regelzone en waarop de netbeheerder in diverse omstandigheden beroep kan doen om de stabiliteit van het net te verzekeren;

Overwegende dat de netbeheerder, de nv Elia System Operator, op 13 mei 2016 een oproep tot kandidatuur lanceerde voor de levering van de ondersteunende dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen voor 2017 en dat de netbeheerder vijf kandidaturen ontving die ontvankelijk werden verklaard na controle van de bijhorende documenten;

Overwegende dat de netbeheerder aan de geselecteerde kandidaten op 6 juni 2016 de documenten voor de aanbesteding heeft toegestuurd en dat de ultieme datum om de offertes in te dienen 1 juli 2016 was;

Overwegende dat de netbeheerder vaststelt in haar verslag van 12 augustus 2016 dat het aantal aangeboden eenheden gedaald is in vergelijking met 2016;

Overwegende dat de CREG in haar verslag, (RA)161013-CDC-1572 zoals hierboven vermeld, geoordeeld heeft dat de prijzen van de drie door de netbeheerder geselecteerde noodzakelijke offertes om zijn behoeften aan regeling van de spanning en van het reactief vermogen voor 2017 te voldoen, manifest onredelijk zijn;

Overwegende dat er door de CREG in haar rapport maar één offerte als niet manifest onredelijk werd beschouwd;

Overwegende dat volgens de netbeheerder de drie overige offertes niet vervangbaar zijn en dus gecontracteerd dienen te worden opdat de netbeheerder haar wettelijke taak als netbeheerder kan uitvoeren conform artikel 8, § 1, lid 3, 2°, van de elektriciteitswet;

Overwegende dat, volgens de netbeheerder, alle aangeboden regelende en niet-regelende productie-eenheden noodzakelijk zijn om hem in de mogelijkheid te stellen om het elektrische net op een veilige, betrouwbare en efficiënte manier uit te baten, dient de door de leverancier aangeboden dienst waarvoor de prijs als manifest onredelijk werd beschouwd, ter beschikking te worden gesteld van de netbeheerder;

Overwegende dat in de documenten overgemaakt aan de leveranciers door de netbeheerder in het kader van de aanbesteding, meer bepaald in het 'Raamcontract voor de dienst van de regeling van de spanning en het reactief vermogen', het artikel 8.1.1 vermeldt dat de prijs uitgedrukt in euro per jaar per leverancier de kosten dekt van de levering van de dienst binnen de voorwaarden bepaald door het contract, maar onafhankelijk van de aangeboden productie-eenheden;

Overwegende dat de CREG onder meer in haar rapport

(RA)161013-CDC-1572 van 13 oktober 2016, alsook tijdens verschillende vergaderingen met de marktactoren, meer bepaald op 24 maart 2016 en 21 april 2016, verduidelijkt heeft dat de vaste prijzen uitgedrukt in euro per jaar per leverancier alleen de kosten mogen dekken die specifiek werden gemaakt om de dienst te leveren aan de netbeheerder, in het bijzonder de kosten gerelateerd aan de communicatie met de netbeheerder en de opvolging van de activiteiten;

Overwegende dat de regelende productie-eenheden op grond van artikel 69 van het technisch reglement in staat moeten zijn om de levering van reactief vermogen automatisch en op vraag van de netbeheerder zonder verwijl aan te passen tijdens langzame en plotse wijzigingen in de spanning en dit los van de aankoop van deze dienst door de netbeheerder. Bijgevolg zou het dan ook potentiële [sic] discriminatoir zijn om door middel van de prijzen voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen kosten te dekken die niet direct gemaakt werden voor de verstrekking van de dienst aan de netbeheerder;

Overwegende dat de CREG in haar rapport (RA)161013-CDC-1572 de vaste prijs per jaar aangeboden door RWE Supply & Trading GmbH als manifest onredelijk beoordeelt gelet op het feit dat aan de hand van de aangeleverde informatie in verband met de kosten aan de basis van deze prijs niet kan besloten worden dat die in rechtstreeks verband staan met de levering van de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen;

Overwegende dat door middel van het koninklijk besluit van 26 december 2015 ter oplegging aan een producent van een openbare dienstverplichting met betrekking tot het volume en de prijs voor dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen vanaf 1 januari 2016 tot en met 31 december 2016 een openbare dienstverplichting werd opgelegd aan RWE Supply & Trading GmbH met betrekking tot de prijs voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen vanaf 1 januari 2016 tot en met 31 december 2016;

Overwegende dat het koninklijk besluit van 2015 een vaste forfaitaire vergoeding van 175.000 euro heeft vastgelegd voor 2016 en dat deze vergoeding verantwoord kan worden doordat de vaste kosten gerelateerd kunnen worden aan eventuele nieuwe installaties van telecommunicatie en/of controle op afstand die noodzakelijk zijn om de dienst te verzekeren binnen de door de netbeheerder opgelegde voorwaarden;

Overwegende dat het rapport van de CREG (RA151015-CDC-1466) betreffende het al dan niet manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen voor de levering van de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen in 2016 vermeldt dat de kosten gerelateerd aan eventuele nieuwe telecommunicatie-installaties noodzakelijk voor het verzekeren van de dienst binnen de door de netbeheerder bepaalde voorwaarden in één keer kunnen worden afgeschreven en dat het contract slechts betrekking heeft op 2016;

Overwegende dat in de documenten overgemaakt aan de leverancier door de netbeheerder in het kader van de aanbesteding, meer bepaald in het 'Raamcontract voor de dienst van de regeling van de spanning en het reactief vermogen', stelt artikel 8.1.1 dat de vaste prijs in euro per productie-eenheid enkel de kosten kan dekken voor bijkomende technische

aanpassingen aan de productie-eenheid zodat dit een bijkomend reactief vermogen kan leveren aan het minimaal reactief vermogen geleverd krachtens de artikelen 68 tot 74 van het technisch reglement;

Overwegende dat de openbare aanbesteding vier variabele prijzen definieert voor de regelende eenheden in normale modus, twee prijzen voor de productie van reactieve energie (P1 en P2) en twee prijzen voor de absorptie van reactieve energie (P3 en P4), allemaal uitdrukt in euro/Mvarh, en dit in functie van de technische regelband (0-50% of 50%-100%) opdat de activatieprijs de technische mogelijkheid van de productie-eenheid reflecteert;

Overwegende dat dit besluit een prijs oplegt voor de prijselementen die door de CREG in haar rapport expliciet als onredelijk werden beschouwd (de vaste prijs per jaar per leverancier) en dit besluit voor de elementen die niet expliciet als onredelijk werden beschouwd de prijs hanteert zoals beschreven in de offerte die door de leverancier werd ingediend;

Overwegende dat de Algemene Directie Energie van de FOD Economie ter voorbereiding van het voorstel van de minister bedoeld in artikel 12quinqüies van de elektriciteitswet RWE Supply & Trading GmbH heeft gehoord op maandag 21 november 2016 en de mogelijkheid heeft verleend om zijn offerte te verbeteren;

Overwegende dat RWE Supply & Trading GmbH op 25 en 28 november 2016 aan de Algemene Directie Energie telefonisch heeft meegedeeld en op 6 december 2016 schriftelijk heeft bevestigd dat het geen nieuwe offerte zou indienen;

Overwegende dat de voorwaarden bepaald in het 'Raamcontract voor de dienst van de regeling van de spanning en het reactief vermogen' werden overgemaakt aan de kandidaten van de offerteaanvraag op 6 juni 2016, van toepassing blijven op de levering van de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen in 2017;

Overwegende dat de netbeheerder slechts over een contractuele garantie beschikt voor de levering van de dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen door verschillende producenten tot en met 31 december 2016;

Overwegende dat de netbeheerder de dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen nodig heeft en dat vanaf 1 januari 2017 vanaf 00u00, is het essentieel om onmiddellijk de voorwaarden vast te stellen die de beschikbaarheid en de levering van de dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen verzekeren.

Op voordracht van de Minister van Energie,

Hebben Wij besloten en besluiten Wij:

Artikel 1. De in artikel 2 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 1, § 2, en artikel 68 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang hiertoe, opgenomen definities zijn op onderhavig besluit van toepassing.

Art. 2. Onderhavig besluit is van toepassing op RWE Supply & Trading GmbH [...].

Art. 3. RWE Supply & Trading GmbH is ertoe verbonden om vanaf

één januari 2017 tot en met 31 december 2017 de dienst regeling van de spanning en van het reactief vermogen om de spanningsvariaties die plaatselijk in het net voorkomen tegen te gaan zoals bepaald in het contract in bijlage, ter beschikking te stellen van de netbeheerder, de NV Elia System Operator, en dit voor alle uren van de beschouwde periode.

Art. 4. RWE Supply & Trading GmbH ontvangt voor de dienst bepaald in artikel 3, in 2017 een eenmalige vaste vergoeding van 0 euro.

Art. 5. De regelende eenheden, zoals bepaald in artikel 6, worden vergoed voor de levering van de dienst bepaald in artikel 3 tegen volgende activatieprijs en vaste prijs:

Voor de productie van de reactieve energie:

1° P1: 1,70 euro/Mvarh

2° P2: 2,20 euro/Mvarh

Voor de absorptie van de reactieve energie:

1° P3: 1,70 euro/Mvarh

2° P4: 2,20 euro/Mvarh

Vaste vergoeding per eenheid: 0 euro.

De prijs P1 of P3 is van toepassing voor de reactieve energie die geleverd wordt onder en tot en met 50% van de gecontracteerde technische regelband bij productie of absorptie.

De prijs P2 of P4 is van toepassing voor de reactieve energie die geleverd wordt boven 50% van de gecontracteerde technische regelband bij productie of absorptie.

Art. 6. De prijzen bepaald in artikel 5 voor de dienst bepaald in artikel 3, zijn van toepassing op de regelende eenheid T-power.

De technische regelband wordt vastgelegd in bijlage 1 van het contract dat bijgevoegd wordt aan dit besluit.

Bij toevoeging van een regelende eenheid door de onderneming vernoemd in artikel 2 conform de contractuele modaliteiten beschreven in artikel 7 wordt deze eenheid vergoed volgens dezelfde voorwaarden zoals bepaald in artikel 5.

Art. 7. Op de in artikel 2 tot en met 6 van dit besluit [sic] zijn de contractuele modaliteiten zoals bijgevoegd aan dit besluit integraal van toepassing.

Art. 8. De commissie houdt rekening met de prijzen bedoeld in artikel 4 en 5 voor de bepaling van het totaal inkomen dat nodig is voor de uitvoering van de wettelijke en reglementaire verplichtingen die rusten op de netbeheerder met toepassing van artikel 8, § 1, lid 3, 2° van de wet van 29 april 1999.

Art. 9. Dit besluit treedt in werking op 1 januari 2017 en treedt buiten werking op 1 januari 2018.

Art. 10. De minister bevoegd voor Energie is belast met de uitvoering van dit besluit en notificeert een eensluidend verklaard afschrift van dit besluit aan RWE Supply & Trading GmbH, de transmissienetbeheerder en de commissie”.

IV. Ontvankelijkheid van de tussenkomst van de nv Elia

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij betwist de ontvankelijkheid van de tussenkomst van de nv Elia.

Zij laat gelden dat de nv Elia de bestreden beslissing enkel dient uit te voeren en dat zij geen enkele zeggenschap heeft over het opleggen van openbare dienstverplichtingen. Noch in de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna: Elektriciteitswet), noch in de uitvoeringsbesluiten ervan wordt aan de nv Elia enige taak toegewezen om de wettigheid van de bestreden beslissing te verdedigen. Eventuele kosten verbonden aan de nietigverklaring van de bestreden beslissing, zo stelt de verzoekende partij, worden doorgerekend in de transmissietarieven, zodat ook dit geen invloed kan hebben op de belangen van de tussenkomende partij.

5. De tussenkomende partij benadrukt dat de Raad van State in gelijkaardige zaken haar tussenkomst heeft aanvaard. Zij verwijst in het bijzonder naar de zaak die heeft geleid tot arrest nr. 226.468 van 19 februari 2014. Voorts kan het argument inzake het doorrekenen aan de eindgebruiker in de transmissietarieven volgens haar niet tot de onontvankelijkheid van de tussenkomst leiden: op haar rust immers ook de plicht om deze tarieven zo laag mogelijk te houden.

Beoordeling

6. Overeenkomstig artikel 21*bis*, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kunnen degenen die belang hebben bij de oplossing van de zaak erin tussenkomen. Dit betekent dat degene die wenst tussen te komen -zoals te dezen ter ondersteuning van de wettigheid van de bestreden beslissing- voordeel kan halen uit de verwerping van het beroep.

7. De nv Elia is de begunstigde van de bestreden beslissing. Die hoedanigheid volstaat om aan te nemen dat zij over het rechtens vereiste belang beschikt om in het vernietigingsberoep tussen te komen.

8. De tussenkomst van de nv Elia is ontvankelijk.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

9. In een eerste middel, dat uit drie onderdelen bestaat, voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 12*quinq*ues van de Elektriciteitswet en van art. 257 (§4) Technisch Reglement Transmissie Elektriciteit”.

9.1. In het verzoekschrift vat zij het eerste middelonderdeel als volgt samen:

“DOORDAT: het Bestreden Besluit zich baseert op het verslag van CREG dat verkeerdelijk de vaste kostcomponent ingediend door Verzoekster als ‘manifest onredelijk’ bestempelt;
TERWIJL: deze door Verzoekster ingediende vaste kostcomponent niet onredelijk, laat staan manifest onredelijk, in de zin van artikel 12*quinq*ues van de Elektriciteitswet, is. Dat aldus dit verslag van CREG als onderdeel van het Bestreden Besluit buiten toepassing dient te worden beschouwd;
ZODAT: het Bestreden Besluit is tot stand gekomen met miskennis van de genoemde bepalingen en, zodoende, met onwettelijkheid is aangetast;
DAT: het Bestreden Besluit ter oplegging van een openbare dienstverplichting aldus nooit had mogen worden genomen”.

De verzoekende partij wijst erop dat het verslag van de CREG van 13 oktober 2016 de rechtstreekse aanleiding is voor het opleggen van een vaste vergoeding van 0 euro. Dit verslag is volgens haar evenwel onwettig.

In de eerste plaats stoort het de verzoekende partij dat de CREG de aangeboden prijzen “individueel (per parameter)” heeft onderzocht in plaats van “integraal” en de door haar aangeboden vaste prijscomponent als onredelijk werd aangemerkt. Nochtans vereist artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet dat de CREG nagaat dat *het geheel* van de prijzen die worden aangeboden onredelijk zijn. Door parameter per parameter te kijken geeft de CREG niet aan of de gehele prijs al dan niet manifest onredelijk is. Door die werkwijze oefent de CREG, zo stelt de verzoekende partij, haar controlebevoegdheid niet correct uit, te meer omdat andere aanbieders van reactief vermogen hun vaste kostencomponent onder de variabele component hebben aangegeven en zij de controle van de CREG op het manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen daardoor hebben omzeild. Bovendien wijst zij erop dat de verhoogde prijs in het variabel gedeelte niet onredelijk werd geacht en evenmin het verlaagde vast gedeelte. Dit toont volgens de verzoekende partij aan dat de CREG ertoe gehouden is de volledige kostenberekening te beoordelen. In dit verband vraagt zij dat de CREG-verslagen over de andere aanbieders ook zouden worden voorgelegd, alsook de koninklijke besluiten en andere relevante informatie, indien nodig op anonieme basis.

In de tweede plaats laakt de verzoekende partij het feit dat de CREG zich enkel op de “bidding instructions” en het model van raamcontract van de nv Elia gebaseerd heeft om het manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen te beoordelen. Dit komt er volgens haar op neer dat “Elia in theorie voor een stuk zou kunnen bepalen [...] hoe het manifest onredelijk karakter van [de] prijzen kan worden ingevuld”, terwijl de wetgever de nv Elia daarvoor geen bevoegdheid heeft gegeven en de CREG zich dan ook daarop niet mag baseren zonder na te gaan of de daaromtrent voorgelegde stukken correct zijn voor het bepalen van de al dan niet onredelijkheid van de prijzen. De verzoekende partij vervolgt dat de CREG zelf had moeten onderzoeken welk type kosten al dan niet manifest onredelijk zijn en hoe dit van invloed is op het manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijs.

Ten derde doet zij gelden dat de CREG ten onrechte oordeelt dat de vaste kosten sowieso voor haar rekening zijn, ongeacht het verstrekken van de ondersteunende dienst in kwestie. De vaste kostencomponenten “marge” en “risicopremies” hebben volgens de verzoekende partij rechtstreeks betrekking op de ondersteunende dienst. Zij verwijst hieromtrent naar een “expert statement” over welke vaste kosten als redelijk dienen te worden aanzien en hoe deze rechtstreeks met de ondersteunende dienst verbonden zijn. Minstens de kosten van 152.000 euro hadden niet moeten worden gedragen indien de verzoekende partij de ondersteunende dienst reactief vermogen niet had moeten leveren. Voorts zijn volgens haar alle deelnemers aan de ondersteunende dienst reactief vermogen het erover eens dat een percentage afschrijving van de productie-eenheid gerelateerd is aan deze dienst. Uit de “expert statement” blijkt dat de CREG inconsistent is geweest door eerst alle direct gerelateerde kosten als aanvaardbaar te zien, maar geen vaste prijscomponent te aanvaarden die marginale vaste kosten betreft zoals bijkomende slijtage door de hogere operationele elektriciteitsstromen. Die slijtage, die volgens de verzoekende partij niet exact kan worden berekend, dient te worden gecompenseerd door een percentage van de afschrijving van de productie-eenheid in aanmerking te nemen, in dit geval ten bedrage van 435.790 euro. De CREG toont niet aan op welke andere wijze deze compensatie had moeten gebeuren. Volgens de “expert statement” kan het inbrengen van overhead- en onderhoudskosten in de vaste kosten evenmin als onredelijk worden aangemerkt.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat de CREG het manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen anders had moeten onderzoeken. De CREG had namelijk de vereiste dat het om een manifeste onredelijkheid moet gaan niet uit het oog mogen verliezen en had een marginale toetsing moeten uitvoeren om enkel misbruiken en uitwassen te sanctioneren. Ook had de CREG moeten nagaan of andere operatoren in hetzelfde geval hetzelfde zouden aanbieden. De CREG is niet bevoegd om zich in de plaats van de aanbieder te stellen en mag enkel nagaan of de aanbieder op grond van juiste gegevens in redelijkheid tot het aanbod is kunnen komen. Er had moeten worden geoordeeld dat de vaste kostcomponent en de totale prijs van de verzoekende partij redelijk zijn. In de “expert statement” wordt bevestigd dat dit het geval is, ook wanneer

wordt vergeleken met alternatieve berekeningsmethodes zoals wanneer de nv Elia zelf in de ondersteunende dienst reactief vermogen had voorzien of bij vergelijking met het Verenigd Koninkrijk, Nederland of de staat New England van de Verenigde Staten. Volgens de verzoekende partij toont het enkele feit dat er in 2016 “zoveel contacten zijn geweest” tussen haar en de verwerende partij aan dat er geen manifest onredelijk voorstel voorligt. De verzoekende partij herhaalt ten slotte dat de CREG inconsistent is geweest door te weigeren marginale vaste kosten te vergoeden en het standpunt van de CREG in strijd is met de analogie van concurrerende prijzen.

9.2. Het tweede middelonderdeel vat de verzoekende partij als volgt samen:

“DOORDAT: artn. 4 en 5 van het Bestreden Besluit bij het opleggen van de openbare dienstverplichting conform §1, 3^{de} lid van artikel 12quinquies van de Elektriciteitswet, beslissen tot het opleggen aan Verzoekster van vergoedingen en prijzen die geen vaste kostcomponent inhouden en/of kostendekkend zijn;

TERWIJL: (i) ondermeer ditzelfde voormeld lid van artikel 12quinquies van de Elektriciteitswet Verweerster nochtans verplicht dat de op te leggen prijzen i.h.k.v. de openbare dienstverplichting er toe moet zorgen [sic] dat ‘die het volume en de prijzen van de ondersteunende diensten dekken van de producenten in de Belgische regelzone’, en (ii) artikel 257, §4 Technisch Reglement Transmissie Verweerster nochtans verplicht dat de op te leggen prijzen billijk moeten zijn.

Dat de door Verweerster opgelegde prijzen van ondersteunende diensten i.h.k.v. een openbare dienstverplichting niet de kosten dekken voor de uitvoering van de ondersteunende diensten door Verzoekster zolang geen vaste kostencomponent als voorgesteld door Verzoekster wordt opgenomen.

ZODAT: het Bestreden Besluit is tot stand gekomen met miskenning van de genoemde bepalingen en, zodoende, met onwettelijkheid is aangetast.

Dat: aldus, in de hypothese als had het Bestreden Besluit ter oplegging van een openbare dienstverplichting mogen genomen worden, quod non, Verweerster een niet-kostendekkende prijs heeft opgelegd aan Verzoekster”.

In de toelichting bij het middelonderdeel verwijst de verzoekende partij in de eerste plaats naar de Altmark-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ 24 juli 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH),

waaruit volgens haar volgt dat bij het opleggen van een openbare dienstverplichting een redelijke winst in acht moet worden genomen, zodat haar minstens een marge van 30.000 euro had moeten worden toegekend.

Voorts verwijst zij naar een mededeling van de Europese Commissie C(2011) 9406, waarin conform de Altmark-doctrine wordt bevestigd dat een redelijke winst deel dient uit te maken van de vergoeding voor een openbare dienstverplichting. Het is ook deze mededeling die een onderscheid maakt tussen de net avoided cost-methode en de methode op basis van kostentoerekening. De door de verzoekende partij geraadpleegde deskundige heeft in zijn expert statement deze laatste methode gebruikt. In de mededeling wordt ook een onderscheid gemaakt tussen kosten uit de openbare dienstverplichting en kosten uit de niet-openbare dienstactiviteiten van de onderneming. Volgens de verzoekende partij dient rekening te worden gehouden met een *ex ante* perspectief en mag het bestaan van moeilijke berekeningen niet automatisch leiden tot sanctionering door de kosten uit de openbare dienstverplichting niet te dekken.

In de derde plaats doet zij gelden dat, indien de bestreden beslissing staatssteun zou betreffen, artikel 106, lid 2, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: VWEU) van toepassing is. Met een *a contrario*-redenering leidt de verzoekende partij uit deze verdragsbepaling af dat een volledig kostendeekkende maatregel dient te worden opgelegd.

Ten vierde betoogt de verzoekende partij dat artikel 69 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’ (hierna: koninklijk besluit van 19 december 2002) niet inhoudt dat de kosten verbonden aan de levering van reactief vermogen niet gedekt hoeven te worden.

Vervolgens verwijst de verzoekende partij opnieuw naar het bij het verzoekschrift gevoegde “expert statement”, waarin volgens haar wordt bevestigd dat de compensatie kostendekkend dient te zijn. Ten slotte verwijst zij nog naar een gezamenlijke stelling van energieproducenten die in aanmerking komen om reactief vermogen te leveren, waarin duidelijk wordt uiteengezet dat er wel degelijk extra kosten van toepassing zijn als gevolg van het leveren van reactief vermogen.

9.3. De verzoekende partij vat in het verzoekschrift het derde middelonderdeel als volgt samen:

“DOORDAT: het bestreden besluit is genomen in strijd met het vereiste van artikel 12*quinqüies* van de Elektriciteitswet dat de prijzen voor ondersteunende diensten voldoende aantrekkelijk moeten zijn om op korte en lange termijn hun levering aan de netbeheerder te waarborgen;

TERWIJL: door de weigering van de vaste kostcomponent de opgelegde prijs voor de door verzoekster geleverde ondersteunende diensten geenszins de levering aan de netbeheerder waarborgt op korte termijn, en nog minder op lange termijn;

ZODAT: het bestreden besluit is tot stand gekomen met miskennis van de genoemde bepalingen en zodoende, met onwettelijkheid is aangetast”.

In de toelichting bij het middelonderdeel zet zij uiteen dat de kostendekking en de afweging van de kennelijke onredelijkheid rekening dient te houden met de dienstverlening op lange termijn. Omdat de vaste kosten niet langer variabel zijn zodra het reactief vermogen van de centrale wordt geactiveerd, moeten deze kosten worden meegenomen in de vergoeding als vaste prijscomponent. Ook laat zij gelden dat een kost niet manifest onredelijk kan zijn als deze gerechtvaardigd kan worden door de continuïteit op lange termijn. De verzoekende partij benadrukt ten slotte dat de verplichting om de prijzen aantrekkelijk te houden, impliceert dat ze kostendekkend moeten zijn, met inbegrip van bepaalde vaste kosten en een redelijke winst.

10. De verwerende partij antwoordt, met betrekking tot het eerste middelonderdeel, dat artikel 12*quinqüies* van de Elektriciteitswet niet preciseert hoe het manifest onredelijk karakter dient te worden beoordeeld, uit het

verslag van de CREG blijkt dat het manifest onredelijke karakter niet steunt op de hoogte van de prijs zelf maar op het feit dat de door de verzoekende partij aangegeven vaste kosten niet overeenstemmen met de vaste kosten die voor zulke diensten in aanmerking kunnen worden genomen en het derhalve niet relevant is of de kosten in hun geheel of per parameter dienen te worden beoordeeld. Zijdelings werpt de verwerende partij op dat de integrale versie van het verslag van de CREG als vertrouwelijk moet worden beschouwd omdat het gegevens bevat die aan het zakengeheim raken van andere ondernemingen die reactief vermogen leveren. Zij wijst erop dat uit dit verslag blijkt dat de differentiatie tussen de vaste vergoeding en de variabele vergoeding in de “bidding instructions” werd geëerbiedigd door de andere aanbidders en de CREG erin uiteenzet hoe zij, bij gebrek aan een uitgewerkt reglementair kader, het onredelijk karakter van de prijzen heeft beoordeeld. Wat betreft de vaste vergoeding verwijst de CREG naar artikel 8.1.1 van de raamovereenkomst tussen de nv Elia en de aanbieder. De CREG heeft als algemeen principe aangenomen dat bij de beoordeling van het redelijk karakter van de prijzen rekening moet worden gehouden met de additionele kosten, dit zijn de kosten die niet hadden bestaan als deze dienst niet geleverd had moeten worden. De verzoekende partij zou daarvan reeds op de hoogte zijn geweest na de procedure voor de levering van reactief vermogen voor het jaar 2016. Dit principe is, zo stelt de verwerende partij, hetzelfde als de “avoided costs” methode opgenomen in het besluit 2012/21/EU van de Europese Commissie. Bijgevolg heeft de CREG zich niet louter gebaseerd op de interpretatie van de nv Elia om het manifest onredelijk karakter van de prijzen te beoordelen, maar wel op een op voorhand bepaalde methodologie. De CREG is er evenmin van uitgegaan dat vaste kosten die niet overeenkomen met artikel 8.1.1 van de raamovereenkomst manifest onredelijk zijn. Aan de nv Elia is bijgevolg geen bevoegdheid toegekend om zelf te bepalen wat manifest onredelijk is in de zin van artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet.

Wat betreft de beoordeling van het manifest onredelijk karakter van de vaste kosten, wijst de verwerende partij erop dat deze in overeenstemming is met het voornoemde besluit 2012/21/EU van de Europese Commissie en de mededeling 2012/C8/03 van de Europese Commissie, die de “net avoided cost”

methode vooropstellen. De compensatievergoeding mag niet tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verstoord, zodat enkel aanvullende kosten worden gedekt. Door niet-aanvullende kosten te dekken zou de dienstverlener een ongerechtvaardigd voordeel worden toegekend: hij kan dan immers bepaalde vaste kosten voor andere prestaties niet doorrekenen op andere markten onderworpen aan grotere concurrentie, zoals de markt voor actief vermogen, en daar een lagere prijs aanbieden. De dienstverlener kan dan een veel voordeligere prijs aanbieden op die markt dan dienstverleners die hun vaste kosten niet vergoed hebben gekregen in het kader van het leveren van reactief vermogen. Dit wordt volgens de verwerende partij ook bevestigd door de “expert statement” die bij het verzoekschrift is gevoegd. De taak van de CREG bestaat er juist in om dergelijke verstoring van een liquide en concurrentiële markt te vermijden. Voorts is het niet zo dat de CREG weigert om simpelweg iedere vaste kost te vergoeden, deze worden wel vergoed in zoverre ze als additionele kosten kunnen worden beschouwd. Zo heeft de verzoekende partij in 2016 een eenmalige vaste vergoeding van 175.000 euro gekregen voor aanpassingen aan IT- en telecommunicatie-installaties. In het koninklijk besluit van 26 december 2015 wordt op het eenmalig karakter gewezen. Alle andere kosten moeten worden opgenomen in de variabele vergoeding die afhankelijk is van het volume reactief vermogen dat effectief wordt aangeboden. Dit om de vergelijkbaarheid van de aanbiedingen niet in het gedrang te brengen. De verwerende partij heeft zelf aan de verzoekende partij voorgesteld om de vaste kosten onder te brengen in de variabele vergoeding, om de vergelijkbaarheid te behouden, maar de verzoekende partij heeft dat geweigerd. Uit de analyse door DNV-GL blijkt dat de kosten die verband houden met de levering van reactief vermogen evenredig zijn aan de geactiveerde dienst, het gaat dus om variabele kosten. Deze studie heeft het voorwerp uitgemaakt van discussies tussen de CREG en stakeholders, zodat de verzoekende partij hiervan kennis had voordat zij haar offerte indiende.

Gelet op het feit dat de verzoekende partij er niet in slaagt het bestaan van additionele investeringskosten aan te tonen, werd door de CREG terecht geoordeeld dat de door haar voorgestelde prijzen voor de afschrijving van de installatie (435.790 euro), het onderhoud (137.790 euro) en de premie voor

operationele risico's (95.000 euro) niet verantwoord en bijgevolg manifest onredelijk waren. De overheads dienen per definitie te worden gedragen door de onderneming. Een marge op de kosten is niet onredelijk, maar enkel in zoverre het gaat om een additionele kost. Voor het overige dient de marge in de variabele vergoeding te worden opgenomen. Het risico verbonden aan de geldigheidsperiode van de offerte kan niet in aanmerking worden genomen aangezien de verzoekende partij geen andere plaatsingsmogelijkheid heeft voor haar reactief vermogen en er dus geen opportuiniteitskosten zijn. Vervolgens gaat de verwerende partij in op de "expert statement" die bij het verzoekschrift werd gevoegd. Zij wijst op het eenzijdig en partijdig karakter ervan. Voorts is deze verklaring volgens de verwerende partij op diverse punten voor inhoudelijke betwisting vatbaar.

Wat betreft de invulling van het begrip "manifest onredelijk" wijst de verwerende partij erop dat het buiten kijf staat dat het manifest onredelijk is om kosten te vergoeden die niet in rechtstreeks verband staan met de geleverde prestaties. Het feit dat andere operators het eens zijn met de verzoekende partij kan niet tot het besluit leiden dat het vergoeden van deze kosten wel redelijk zou zijn. Zij herhaalt dat de CREG een methodologie heeft gehanteerd die steunt op objectieve criteria om het manifest onredelijk karakter van de prijzen te beoordelen.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel zet de verwerende partij uiteen dat de verzoekende partij een foutieve draagwijdte geeft aan artikel 12*quinqies* van de Elektriciteitswet. Deze wetsbepaling beoogt geenszins de kosten meegedeeld door de producenten te dekken, maar enkel dat de openbare dienstverplichting zowel het volume als de prijs van de prestatie dient te bepalen. Deze bepaling sluit bijgevolg niet uit dat bij het vastleggen van de prijs geen rekening wordt gehouden met bepaalde door de leveranciers meegedeelde kosten. Vervolgens merkt zij op dat de Altmark-rechtspraak de voorwaarden omschrijft waaronder de compensatie van een openbare dienstverplichting geen staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit houdt echter niet in dat het Hof van Justitie een compensatie oplegt voor alle openbare dienstverplichtingen. De verwerende partij wijst erop dat er in het

Elektriciteitsrecht wel degelijk openbare dienstverplichtingen bestaan waarvoor geen compensatie wordt toegekend, zoals bijvoorbeeld in de artikelen 20bis en 21 van de Elektriciteitswet en in de artikelen 157 en artikel 161 van het koninklijk besluit van 19 december 2002.

De *a contrario*-toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU kan niet worden aanvaard volgens de verwerende partij. Deze stelling is strijdig met het avoided cost-principe dat op Europees niveau wordt gehanteerd. Zij wijst erop dat de bestreden beslissing wel volledig kostendekkend is aangezien de verzoekende partij in haar vaste kosten niet-additionele uitgaven heeft opgenomen die niet voor vergoeding in aanmerking komen. De verwijzing in de bestreden beslissing naar artikel 69 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 benadrukt het feit dat kosten gemaakt om het technisch reglement te eerbiedigen niet gedekt kunnen worden. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij hier reeds van op de hoogte was na de eerdere procedure voor de levering van reactief vermogen voor het jaar 2016. De verzoekende partij toont niet aan dat de door haar aangegeven vaste kosten kunnen worden beschouwd als additionele kosten die niet zouden hebben bestaan indien zij de betrokken dienst niet zou hebben verleend.

Met betrekking tot het derde middelonderdeel antwoordt de verwerende partij dat de vaste kostencomponent niet diende te worden opgenomen in de vaste vergoeding. Deze had enkel betrekking op IT- en communicatiekosten. De vaste kosten werden *an sich* niet geweigerd, wel de allocatie ervan. Voorts wijst zij erop dat de belangrijkste kost bij de levering van reactief vermogen gelegen is in het verlies van actieve energie bij het injecteren van reactieve energie. Er kan rekening worden gehouden met een normale slijtage, die evenredig is aan het geactiveerd reactief vermogen. Deze kosten zijn dus verbonden aan het aangesproken reactief vermogen, waardoor zij variabel zijn. De levering van reactief vermogen verkort het leven van de installatie niet. De vaste kosten verbonden aan de levering van reactief vermogen zijn niet aanzienlijk. Wanneer een prijs wordt betaald voor de vaste aanvullende kosten en de kosten die gepaard gaan met het aanspreken van reactief vermogen, laten de opgelegde prijzen en volumes volgens de verwerende partij toe om de levering op korte en lange termijn

te waarborgen. Zij benadrukt ten slotte dat de prijs in verband moet staan met de prestaties die nodig zijn voor de te leveren dienst en dat er geen vergoeding kan worden toegekend voor kosten die niet in direct verband staan met de geleverde prestaties.

11. In haar memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij dat de CREG dient na te gaan of de prijzen al dan niet manifest onredelijk zijn, ook al preciseert artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet niet uitdrukkelijk hoe die beoordeling moet gebeuren. De ruimere bewoording van artikel 12*quinquies* beperkt de CREG tot een uitspraak over het geheel van de prijzen. Als één parameter op zich manifest onredelijk zou zijn, kan alsnog de gehele prijs als niet-onredelijk worden aanzien, afhankelijk van de andere parameters. Voorts is de Koning volgens de verzoekende partij niet verplicht om indien de CREG een manifeste onredelijkheid vaststelt op één parameter, niet meer te oordelen over een andere prijsoplegging voor deze parameter.

De verzoekende partij vraagt uitdrukkelijk om de vertrouwelijkheid te heffen van de stukken 14 tot 16 van het administratief dossier. Zij ziet niet in waarom haar cruciale informatie over de parameters van de prijsbepaling zou moeten worden onthouden. Het medelen van deze informatie, zonder de prijshoogte in euro, leidt volgens de verzoekende partij op geen enkele manier tot kennis van de hoogte van de prijzen van de andere aanbieders. Uit deze stukken zal ook moeten blijken, zo doet de verzoekende partij gelden, of de verwerende partij effectief niet-discriminerend heeft gehandeld. Het verzoek om vertrouwelijke behandeling van deze stukken gaat ook in tegen artikel 12*ter* van de Elektriciteitswet, dat inhoudt dat dergelijke beslissingen moeten worden gepubliceerd, waar nodig rekening houdend met commercieel gevoelige informatie. De verzoekende partij vraagt om inzage in het CREG rapport van 13 oktober 2016 voor de andere aanbieders, eventueel met onleesbaarmaking van de prijzen. Daarnaast herhaalt zij haar verzoek om de CREG rapporten voor elk van de aanbieders voor te leggen, ook hier met onleesbaarmaking waar nodig. Het gaat daarbij om “CREG-adviezen rond 5 december 2016 die individueel advies geven

over het ontwerp-KB van verweerster [...], alsook enige andere relevante informatie die hiermee verband houdt”.

De verzoekende partij beklemtoont dat de CREG zich wel degelijk heeft gesteund op de *bidding instructions* van Elia bij het beoordelen van het abnormaal karakter van de prijzen. Wat betreft de wijze waarop het manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen had moeten worden beoordeeld, herhaalt zij dat de CREG zich had moeten beperken tot een marginale toetsing.

De Europese “net avoided cost”-methode waar de verwerende partij naar verwijst is volgens de verzoekende partij enkel van toepassing bij het opleggen van een openbare dienstverplichting. Zij houdt geen verband met het invullen van het manifest onredelijk karakter van een aangeboden prijs. De verwerende partij stelt ten onrechte dat de CREG de “net avoided cost”-methode zou moeten toepassen. Volgens de verzoekende partij stellen de Europese instanties in het kader van een openbare dienstverplichting ook andere methodes voorop, zoals de kostenallocatiemethode die in de expert statement wordt gebruikt. De “net avoided cost”-methode wordt geenszins opgelegd door Europese wetgeving. In dit geval moet van de “net avoided cost”-methode worden afgeweken omdat zij door het ter beschikking stellen van haar productie-installatie kosten draagt die zowel vast als variabel zijn en die noodzakelijk zijn om de levering van de dienst mogelijk te maken. De verwerende partij stelt ten onrechte dat de kosten verbonden aan monitoring- en meetsysteem en andere overhead-diensten niet vereist zouden zijn voor de levering van reactief vermogen.

De onderzoeksplicht van de CREG is niet een plicht om de aangeboden prijs te toetsen aan de “net avoided cost”-methode. Zij dient enkel na te gaan of de prijs al dan niet manifest onredelijk is. De “net avoided cost”-methode is niet relevant in het kader van de open marktprocedure die voorafgaat aan de openbare dienst verplichting-procedure. De kennelijke onredelijkheidstoets werd ingesteld om misbruiken te vermijden. Dit belet niet dat producenten aanvaardbare prijzen kunnen bieden, die hoger zouden zijn dan de

prijs verkregen via de conservatieve “net avoided cost”-methode, maar die daarom niet manifest onredelijk zijn.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel dupliceert de verzoekende partij dat artikel 257 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 gewag maakt van een “billijke” prijs, die bijgevolg kostendekkend moet zijn. Artikel 12*quinquies*, § 1, derde lid, van de Elektriciteitswet ziet het opleggen van een openbare dienstverplichting als een mogelijkheid, maar niet als een automatische verplichting. De verwerende partij heeft dus een onderzoeksplicht om als uitzonderingsmaatregel over te gaan tot een openbare dienstverplichting, waarbij de voorwaarden van voormelde bepaling worden gerespecteerd. Volgens de verzoekende partij voegt de verwerende partij ten onrechte twee voorwaarden toe aan de Altmark-rechtspraak om een marge te kunnen verkrijgen: een marge is sowieso een variabele vergoeding en een marge kan enkel worden gevraagd in zoverre het bestaan van een additionele kost wordt aangetoond. Zij maakt echter niet hard waarom deze twee bijkomende voorwaarden worden opgelegd, noch waarom deze zouden kunnen dienen om de kennelijke onredelijkheid van de marge aan te tonen, de verwerende partij verwacht de begrippen vaste vergoeding en variabele vergoeding. De verwijzing naar de openbare dienstverplichtingen, bedoeld in de artikelen 20*bis* en 21 van de Elektriciteitswet is niet dienstig aangezien deze slechts een geringe meerkost meebrengen.

Wat betreft artikel 106, lid 2, VWEU, verwerpt de verzoekende partij de toepassing van de *net avoided cost*-methode. Volgens haar mag de verwerende partij deze methode niet verkiezen boven een verdragsbepaling. Een beperking van de mededinging kan enkel als zonder deze beperking de regel niet zou werken, aldus de verzoekende partij.

Voorts benadrukt zij de geldigheid van de door haar bij het verzoekschrift gevoegde *expert statement*. Vervolgens wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij in april 2017 een consultatieronde heeft georganiseerd over de dienst reactief vermogen 2016. Met een brief van 4 mei 2017 heeft zij de mogelijke wederzijdse invloed tussen die consultatie en de

huidige procedure voor de Raad van State aangekaart. De verzoekende partij vraagt de verwerende partij om het verslag dat uit deze consultatieronde is voortgekomen neer te leggen, al dan niet met het onleesbaar maken van concrete cijfers.

Over het derde middelonderdeel voegt de verzoekende partij nog toe dat de afdeling Wetgeving van de Raad van State in zijn advies nr. 49.570/3 van 31 mei 2011 heeft opgemerkt dat de vereiste inzake “voldoende aanlokkelijke prijzen” niet voorkomt in de richtlijn 2009/72/EG en onduidelijk is. Met deze opmerking van de afdeling Wetgeving werd geen rekening gehouden, zodat er volgens haar mag worden vermoed dat de wetgever een bewust gevolg wenste te creëren. De CREG dient dit criterium mee te nemen in zijn toetsing van de manifeste onredelijkheid, zodat een voldoende aanlokkelijke prijs niet manifest onredelijk kan zijn. Minstens impliceert dit dat er voor de CREG een marge moet zijn ten opzichte van de meest conservatieve benadering van de *net avoided cost*-methode.

12. De tussenkomende partij zet uiteen dat vaste kosten die geen rechtstreeks verband houden met de levering van reactief vermogen en die geen additionele investering vertegenwoordigen als manifest onredelijk beschouwd moeten worden. Mocht zij dergelijke kosten toch aanvaarden, dan zou zij discrimineren ten opzichte van andere netgebruikers en aan de verzoekende partij een concurrentieel voordeel toekennen tegenover andere producenten. Daardoor zou zij de marktpositie van de verzoekende partij op de vrije productiemarkt ten onrechte subsidiëren door kosten te vergoeden die de verzoekende partij dan niet meer op de vrije productiemarkt moet recupereren en haar concurrenten wel.

Volgens de tussenkomende partij blijkt uit de prijzen die de verzoekende partij voor 2017 heeft geboden dat zij haar totale vergoeding in vergelijking met 2016 probeerde te verdubbelen zonder enige toegevoegde waarde ten opzichte van 2016, maar ook dat zij haar vaste kosten van 775.000,00 euro tweemaal vergoed wil zien: eenmaal door de tussenkomende partij en eenmaal op de vrije productiemarkt. Dat is manifest onredelijk. Zij wijst erop dat bepaalde

vaste kosten die in de offerte voor 2017 zijn opgenomen, ook niet waren opgenomen in die voor 2016, zodat blijkt dat deze kosten reeds via een ander kanaal werden gerecupereerd.

Zij ziet niet in waarom het problematisch is dat de CREG zich het standpunt van de nv Elia eigen zou maken over de kosten die aanvaardbaar zijn voor de levering van reactief vermogen. Bovendien wijst de tussenkomende partij erop dat de CREG steeds toezicht houdt op de biedinstructies in het raam van het markttoezicht op grond van artikel 23, § 2, van de Elektriciteitswet.

Tot slot bouwt de tussenkomende partij een vergelijking op met rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel inzake het misbruik van machtspositie, waarbij zou zijn geoordeeld dat er sprake is van een onbillijke prijs wanneer die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie of gevoelig boven de daartoe als relevant beschouwde competitieve benchmark uitstijgt, en dat als een belangrijke component van de prijs onredelijk hoog is, het mogelijk is dat de prijs in zijn geheel genomen dan ook niet meer in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestaties.

Over het tweede middelonderdeel laat zij gelden dat de verzoekende partij geen bewijs levert van additionele investeringskosten, noch waarom er een vaste vergoeding zou moeten worden betaald voor de levering van reactief vermogen. Zij merkt op dat een productiecentrale geen toegang krijgt tot het transmissienet zonder reactief vermogen te kunnen leveren of absorberen. Een productiecentrale die reactief vermogen levert wordt geenszins in haar productievrijheid beperkt, er is geen enkele reden waarom een billijke vergoeding een vaste vergoeding zou moeten omvatten. Voorts benadrukt zij dat de verzoekende partij door een offerte in te dienen in het kader van een open marktprocedure zowel de biedinstructies als de modelovereenkomst heeft aanvaard. Doordat de verzoekende partij desondanks toch een andere, niet-toegestane kostenberekeningsmethode heeft toegepast in haar offerte, heeft zij de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang gebracht. De tussenkomende

partij betwist ten slotte de relevantie van de *expert statement* van de verzoekende partij en van de gezamenlijke stelling van energieproducenten.

Ten aanzien van het derde middelonderdeel stelt de tussenkomende partij dat geen bewijs van additionele investeringskosten en van de betaling van een vaste vergoeding voor de levering van reactief vermogen wordt aangebracht. Ook betoogt zij dat de verzoekende partij door een offerte in te dienen in het kader van de open marktprocedure zowel de biedinstructies als de modelovereenkomst heeft aanvaard. Doordat de verzoekende partij desondanks toch een andere, niet-toegestane kostenberekeningsmethode heeft toegepast in haar offerte, heeft zij de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang gebracht. De tussenkomende partij betwist ten slotte de relevantie van de *expert statement* van de verzoekende partij en van de gezamenlijke stelling van energieproducenten.

13. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de regels met betrekking tot de open marktprocedure niet correct werden toepast, dat het opleggen van een vergoeding “waarin bepaalde kosten niet of niet redelijk worden vergoed kennelijk onwettig en onregelmatig is” en dat de marktprijzen niet enkel slaan op de aangeboden prijzen in de open marktprocedure maar moeten worden bepaald “per parameter welke kost voor welk risico hiervoor kan worden gerechtvaardigd”. Ook stelt zij dat artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet vereist dat uit het onderzoek van de CREG blijkt dat er sprake is van “manifest” onredelijke prijzen en dat dit onderzoek moet plaatsvinden “onder strikte en beperkende voorwaarden”. De verzoekende partij zet uiteen dat de CREG het begrip “manifest” helemaal niet bij haar beoordeling heeft betrokken en dat zij ook nooit heeft gevraagd dat de Raad van State zelf een prijs in de plaats zou stellen. Het bestaan van een “vermoeden van wettigheid en inhoudelijke deskundigheid van het bestuur”, is volgens haar sterk betwistbaar. Zij benadrukt dat er geen onafhankelijk onderzoek van de aangeboden prijzen heeft plaatsgevonden omdat de invulling van het manifest onredelijke karakter ervan louter gebaseerd is op de interpretatie van de nv Elia. Vervolgens gaat de verzoekende partij dieper in op de prijsparameters “marge” en “risicopremies”. Met betrekking tot de parameter “marge” stelt zij dat deze niet noodzakelijk in de variabele vergoeding had moeten

worden opgenomen omdat de betrokken kost rechtstreeks betrekking heeft op de levering van de ondersteunende dienst. Over de post “risicopremies” laat de verzoekende partij gelden dat ook deze kosten rechtstreeks betrekking hebben op de ondersteunende dienst. Volgens haar is er slechts sprake van drie rechtstreekse risico’s, met name het operationele risico, het risico van onevenwicht en het risico van de geldigheid van de offerte.

De verzoekende partij volhardt in haar verzoek om, desnoods op anonieme basis, alle CREG-rapporten over de aanbieders, het advies van de CREG van 13 oktober 2016, alsook de koninklijke besluiten en “enige andere relevante informatie die hiermee verband houdt”, voor te leggen.

In zake het tweede middelonderdeel preciseert de verzoekende partij dat het verzoek tot volledige kostendekking niet gelijkstaat met een verzoek tot het automatisch verkrijgen van de gevraagde prijzen, dat voor de aangeboden ondersteunende diensten, ongeacht de mogelijke kwalificatie als staatssteun, in elk geval “het kostendekkend karakter van de opgelegde prijs diende te worden gegarandeerd”, dat het opleggen van een prijs voor de levering van reactief vermogen in het kader van een openbare dienstverplichting wel degelijk staatssteun betreft, dat uit een gezamenlijke verklaring van de energieproducenten die in België reactief vermogen kunnen leveren, blijkt dat er wel degelijk bijkomende kosten gemaakt moeten worden als gevolg van slijtage, hogere spanning en afschrijving en ten slotte, dat ook FEBEG in een brief van 5 december 2018 de zorg heeft uitgedrukt dat de uiteindelijke vergoeding niet alle kosten zal dekken.

Met betrekking tot het derde middelonderdeel voegt de verzoekende partij nog toe dat door artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet de last inzake de aantrekkelijkheid van de prijzen niet aan de aanbieders van de ondersteunende diensten wordt opgelegd, dat dit aspect een beoordelingselement vormt om de levering aan de netbeheerder op korte en lange termijn te waarborgen, dat de leveringszekerheid precies wordt bevorderd door correcte prijzen die, rekeninghoudend met alle vaste kosten en risico’s, minstens kostendekkend zijn,

en dat “de wettelijke vermelding dat de prijzen aanlokkelijk dienen te zijn, [...] net het gegeven [versterkt] dat, om een compensatie kostendekkend te maken, deze compensatie ook aanlokkelijk dient te zijn, nl. met inbegrip van bepaalde vaste kosten en een beperkte marge”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

14. Artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet, in de op het geding toepasselijke versie, bepaalt:

“§ 1. De door de aanbieders van de ondersteunende diensten voorgestelde prijzen op het transmissienet zijn voldoende aanlokkelijk om op korte en op lange termijn hun levering aan de netbeheerder te waarborgen. De netbeheerder verschaft zich deze ondersteunende diensten volgens transparante, niet-discriminerende en op de marktregels gebaseerde procedures. De netbeheerder informeert jaarlijks de commissie en de minister, op basis van een verslag dat bewijsstukken bevat, over de prijzen die hem werden aangeboden voor de levering van ondersteunende diensten en over de acties die hij heeft ondernomen, met toepassing van artikel 234 van het koninklijk besluit van 27 juni 2001 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe. Hij integreert hierin, desgevallend, een voorstel van waardering van de prestaties van ondersteunende diensten die hij verricht door middel van de productiemiddelen die hij bezit krachtens artikel 9, § 1. Deze waardering toont de positieve impact inzake tarieven en volumes aan van deze prestaties van ondersteunende diensten.

Op basis van het verslag van de netbeheerder, stelt de commissie, met toepassing van artikel 4 van het koninklijk besluit van 11 oktober 2002 met betrekking tot de openbare dienstverplichtingen in de elektriciteitsmarkt, een verslag op dat uitdrukkelijk en op gemotiveerde wijze aangeeft of de prijzen die worden aangeboden voor de ondersteunende diensten al dan niet manifest onredelijk zijn. Het gemotiveerde verslag wordt meegedeeld aan de netbeheerder binnen 60 werkdagen volgend op de ontvangst van het verslag bedoeld in het eerste lid.

Indien het verslag van de commissie vaststelt dat de prijzen manifest onredelijk zijn of op vraag van de netbeheerder, kan de Koning, na advies van de commissie en op voorstel van de minister, met het oog op de bevoorradingszekerheid, bij dwingende beslissing een openbare dienstverplichting opleggen die het volume en de prijzen van de ondersteunende diensten dekken van de producenten in de Belgische regelzone. De commissie houdt rekening met deze beslissing voor de

goedkeuring van de tarieven van de netbeheerders.

De maatregel mag niet langer gelden dan twee jaar, mits een jaarlijks verslag van de commissie.

§ 2. De elektriciteitsproductieschijven waarop de netbeheerder een beroep kan doen om de ondersteunende diensten tot stand te brengen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van zijn diensten worden vastgesteld per blok van 1 MW voor de primaire, secundaire en tertiaire reserves”.

Voornoemde bepaling werd in de Elektriciteitswet ingevoegd bij artikel 19 van de wet van 8 januari 2012 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen’. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de wet van 8 januari 2012 is geworden, wordt de volgende toelichting gegeven bij deze bepaling:

“De verkoopprijzen van de ondersteunende diensten aan de TNB [d.i. de ‘transmissienetbeheerder’] dienen voldoende aantrekkelijk te zijn om hun levering door elektriciteitsproducenten te garanderen. Bij gebreke hieraan, zouden deze eenvoudigweg geen aanbod doen, waarbij bijgevolg de TNB in de onmogelijkheid zou zijn om zijn taken te vervullen en de bevoorradingszekerheid van België inzake elektriciteit in het gedrang zou worden gebracht. Dit artikel garandeert het juiste evenwicht tussen de onteigening en de toegekende bevoegdheden inzake bevoorradingszekerheid en tarieven. Te dien einde, voorziet dit artikel dat de TNB verplicht is om ze zich te verschaffen volgens een transparante, niet-discriminerende en op de marktprijs gebaseerde procedure. Hij is eveneens verplicht om de CREG en de minister van energie jaarlijks te informeren over de prijzen die hem werden aangeboden voor de levering van ondersteunende diensten. Deze mededeling bevat, desgevallend, een waardering van de prestaties van ondersteunende diensten die de TNB zou kunnen uitvoeren door middel van zijn eigen productie-eenheden conform artikel 9, § 1.

Er wordt voorzien dat, volgend op deze informatie, de CREG een verslag over het redelijk karakter van de ondersteunende diensten opstelt, inzake prijzen en volumes, geleverd aan de TNB. Het redelijk of onredelijk karakter dient begrepen te worden in vergelijking met de prijzen die toepasselijk zijn op de markt. De minister van Energie kan, volgend op dit verslag of op initiatief van de TNB ingeval van ontoereikend en/of niet-marktconform aanbod van diensten, op basis van zijn bevoegdheid inzake bevoorradingszekerheid en teneinde deze te garanderen, een ODV opleggen dat het volume en de prijzen van de ondersteunende diensten die worden aangeboden door de producenten binnen de Belgische regelzone dekt” (*Parl.St. Kamer*, 2010-11, nr. 1725/1, p. 48).

15. Artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet stelt aldus een procedure voorop die in twee fasen verloopt voor het verwerven van ondersteunende diensten door of voor de transmissienetbeheerder: (1) een “vrijwillige” fase met een open marktprocedure georganiseerd door de transmissienetbeheerder zelf en (2) een “gedwongen” fase waarbij de Koning een openbare dienstverplichting oplegt, indien is gebleken dat er tijdens de open marktprocedure manifest onredelijke prijzen werden geboden.

De taak om te beoordelen of er al dan niet sprake is van manifest onredelijke prijzen werd door de wetgever opgedragen aan de CREG.

Artikel 12^{quinquies} bepaalt zelf niet uitdrukkelijk hoe het begrip “manifest onredelijke prijs” door de CREG dient te worden ingevuld. Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat “[h]et redelijk of onredelijk karakter dient [...] te worden [begrepen] in vergelijking met de prijzen die toepasselijk zijn op de markt”. Bijgevolg heeft de wetgever aan de CREG een aanzienlijke discretionaire beoordelingsbevoegdheid gelaten met betrekking tot het begrip “manifest onredelijke prijs”.

Afgaande op de concrete gegevens van de zaak moet aangenomen worden dat, rekening houdend met de specifieke vraag van de nv Elia voor de ondersteuning van het elektriciteitstransmissienet, er slechts sprake is van één markt voor het leveren van reactief vermogen en dat de CREG voor de beoordeling van de redelijkheid van de aangeboden prijzen rekening moet houden met deze beperkte open markt. Het komt in elk geval niet aan de Raad van State toe om het prijsonderzoek van de CREG stap voor stap te herdoen en zijn eigen opvatting over het al dan niet manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen voor het leveren van reactief vermogen in de plaats te stellen van die beoordeling. Voorts kan bij wijze van algemene bedenking in herinnering worden gebracht dat de discretionaire appreciatiebevoegdheid van de CREG, per definitie inhoudt dat uiteenlopende invullingen van het begrip “manifest onredelijke prijs” mogelijk zijn, die elk wettig zijn en elk binnen een zorgvuldige en redelijke

bevoegdheidsuitoefening ingepast kunnen worden.

16. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet blijkt dat de CREG de redelijkheid van de aangeboden prijzen moet onderzoeken rekening houdend met de prijzen die gelden op de markt. In dit geval tonen de concrete gegevens van de zaak aan dat de nichemarkt voor de levering van reactief vermogen slechts enkele aanbieders en één mogelijke afnemer telt. De verwijzing naar de marktprijzen dient in de gegeven context dan ook te worden opgevat als de prijzen die worden aangeboden in de open marktprocedure. Bijgevolg kan de CREG niet worden verweten dat zij de documenten die aan de basis liggen van de open marktprocedure, heeft gehanteerd als leidraad bij het prijsonderzoek.

Het betoog dat de nv Elia via de documenten van de open marktprocedure (deels) kan bepalen hoe de redelijkheid van de prijzen dient te worden beoordeeld door de CREG, is irrelevant. Dergelijke omstandigheid is immers inherent aan een monopsonistische energiemarkt. Voorts komt het, overeenkomstig artikel 12^{quinquies}, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet aan de nv Elia toe om de open marktprocedure vorm te geven. Daarbij hoort onder meer het vastleggen van de wijze van prijsopgave. Te dezen heeft de nv Elia van de aanbieders vereist dat zij in hun offertes voor de levering van reactief vermogen een onderscheid zouden maken tussen een vaste prijs die de additionele kosten dekt verbonden aan de levering van het reactief vermogen en een variabele prijs per geleverde Mvarh aan reactief vermogen. De verzoekende partij toont niet aan dat deze wijze van prijsopgave onzorgvuldig of onredelijk zou zijn. Voorts bepaalt artikel 257, § 3, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 in dit verband dat de modaliteiten met betrekking tot de levering van reactief vermogen door de transmissienetbeheerder worden vastgesteld en in contracten wordt gepreciseerd. De aangehaalde bepaling spreekt tegen dat de door de nv Elia gekozen werkwijze onwettig zou zijn.

Uit het voorgaande volgt dat ook de CREG ten onrechte wordt verweten dezelfde opsplitsing van de prijzen te hebben gehanteerd. Het feit dat de

CREG de structurering van de open marktprocedure door de nv Elia als onderliggend uitgangspunt heeft aanvaard en gehanteerd, volgt immers uit het opzet van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet. De CREG zou voornoemde bepaling precies miskennen als ze de open marktprocedure en de resultaten daarvan volledig terzijde zou schuiven en het al dan niet manifest onredelijk karakter van de aangeboden prijzen zou onderzoeken aan de hand van abstracte veronderstellingen.

In zoverre het middel ten slotte dient te worden begrepen als een rechtstreekse kritiek op artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet, betreft het een niet-ontvankelijke kritiek op de wet, die de rechtsmacht van de Raad van State te buiten gaat.

17. De bewering dat de overige aanbieders van reactief vermogen de controle van de CREG zouden hebben omzeild via hun variabele prijzen, mist feitelijke grondslag. Uit de gegevens van de zaak blijkt immers dat de prijzen van de drie overige aanbieders in de open marktprocedure eveneens door de CREG werden onderzocht, zowel in hun vaste als in hun variabele prijscomponent. Voor twee van de drie andere aanbieders is de variabele prijscomponent trouwens als manifest onredelijk aangemerkt door de CREG. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat de CREG aan sommige aanbieders de mogelijkheid heeft gegeven om via de variabele prijscomponent bepaalde uitgesloten kosten te recupereren.

18. Op het verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de stukken 14 tot 16 van het administratief dossier die door de verwerende partij als vertrouwelijk werden neergelegd, wordt niet ingegaan.

In hoofdzaak steunt de verzoekende partij haar verzoek op de premisse dat de CREG bij het prijsonderzoek discriminerend te werk is gegaan. Echter blijkt die veronderstelling onjuist omdat de CREG de verzoekende partij niet anders heeft behandeld dan de overige aanbieders van reactief vermogen. Voorts bestaan de bedoelde stukken 14 en 15 uit verslagen die de nv Elia heeft opgesteld overeenkomstig artikel 12*quinquies*, § 1, eerste lid, van de

Elektriciteitswet. Meer nog, stuk 14 heeft betrekking op de open marktprocedure voor de levering van reactief vermogen voor het jaar 2016. Dit stuk heeft dus geen uitstaans met de thans bestreden beslissing. Specifiek wat betreft stuk 16, zijnde het verslag van de CREG van 13 oktober 2016 over het onderzoek naar manifest onredelijke prijzen, blijkt er reeds een niet-vertrouwelijke versie van dit document ter inzage van de belanghebbenden te zijn gelegd.

Ook wordt de verwerende partij bijgetreden dat de inzage in de betrokken stukken mogelijk een marktversturend effect zou kunnen hebben doordat de verzoekende partij inzicht zou krijgen in de prijszetting van haar rechtstreekse concurrenten, te meer omdat de markt voor het leveren van reactief vermogen zeer beperkt is.

Derhalve geldt de conclusie dat de betrokken stukken door de verwerende partij terecht als vertrouwelijk werden aangemerkt en dat de verzoekende partij er niet van overtuigt dat het vertrouwelijk karakter ervan geheven zou moeten worden.

19. Wat betreft de kritiek dat bepaalde vaste kosten van de verzoekende partij niet in aanmerking werden genomen bij de beoordeling van de aangeboden prijs, kan de Raad van State geen acht slaan op de “*expert statement*” die de verzoekende partij heeft ingewonnen. Het onderzoek van die verklaring zou de Raad van State er immers toe brengen de feitelijke beoordeling van de zaak over te doen.

20. Uit de gegevens van de zaak blijkt dat de potentiële leveranciers van reactief vermogen in de open marktprocedure enkel die vaste kosten in rekening mochten brengen die zij aanvullend zouden maken ten gevolge van hun specifieke aanbod. De vaste kosten die verband houden met de exploitatie van hun productie-eenheid werden bijgevolg uitgesloten om te vermijden dat de leveranciers van reactief vermogen deze vaste kosten zouden verleggen van de concurrentiële markt voor actief vermogen -met een onbepaald aantal afnemers- naar de minder concurrentiële nichemarkt voor reactief vermogen - met slechts één

afnemer. Het voorkomen van marktverstoring of het niet verlenen van een onfair competitief voordeel door het leveren van reactief vermogen, vormt een wettig oogmerk dat door de verwerende partij mag worden nagestreefd.

Voorts mag de keuze van de CREG om de “*non avoided cost*”-methode te gebruiken bij het bepalen van het manifest onredelijk karakter van bepaalde in rekening gebrachte kosten, worden beschouwd als behorend tot de vrije appreciatieruimte die haar door de wetgever werd gelaten. Ook in dit verband wordt immers vastgesteld dat artikel 12^{quinqies} van de Elektriciteitswet geen enkele dwingende ontledingswijze van de kosten vastlegt. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij en de door haar aangezochte expert een andere wijze van kostenanalyse vooropstellen -die voor de verzoekende partij voordeliger uitvalt en haar toelaat om bepaalde kosten toch in rekening te brengen- toont op zich niet aan dat de verwerende partij haar vrije beoordelingsbevoegdheid onwettig heeft uitgeoefend.

Rekening houdend met al deze vaststellingen kan niet worden aangenomen dat de CREG in haar verslag op onwettige, onzorgvuldige of onredelijke wijze tot het besluit is gekomen dat de voorgestelde afschrijvingskosten van 435.790,00 euro niet behoren tot de additionele vaste kosten, maar als door de leverancier te dragen vaste kosten moesten worden beschouwd.

Wat betreft de marge kan de verwerende partij worden bijgetreden waar zij stelt dat, conform het vooropgestelde vergoedingssysteem, deze in de variabele vergoeding moest worden opgenomen en niet in de eenmalige vaste vergoeding. De risicopremies zijn in de concrete marktoestand, waarbij enkel de nv Elia een mogelijk geïnteresseerde partij is voor het leveren van reactief vermogen als ondersteunende dienst in het kader van het beheer van het elektriciteitstransmissienet, niet van toepassing.

21. Op grond van de toepasselijke rechtsregels was de controlebevoegdheid van de CREG op de door de leveranciers van reactief

vermogen in de open marktprocedure effectief aangeboden prijzen, niet beperkt tot een toetsing aan hypothetische situaties, bijvoorbeeld waarbij de nv Elia zelf reactief vermogen zou genereren, of aan omstandigheden in het buitenland, waarvan de vergelijkbaarheid met de relevante Belgische marktoestand trouwens niet wordt aangetoond door de verzoekende partij. De bewering dat in de *expert statement* andere, “alternatieve” berekeningsmethodes worden vooropgesteld -die voordeliger zouden uitvallen voor de verzoekende partij- maakt de door de overheid gehanteerde analysemethode op zich niet onwettig.

22. Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

23. Artikel 12*quinquies*, § 1, derde lid, van de Elektriciteitswet, luidt als volgt:

“Indien het verslag van de commissie vaststelt dat de prijzen manifest onredelijk zijn of op vraag van de netbeheerder, kan de Koning, na advies van de commissie en op voorstel van de minister, met het oog op de bevoorradingszekerheid, bij dwingende beslissing een openbare dienstverplichting opleggen die het volume en de prijzen van de ondersteunende diensten dekken van de producenten in de Belgische regelzone. De commissie houdt rekening met deze beslissing voor de goedkeuring van de tarieven van de netbeheerders”.

Artikel 257, § 4, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’ bepaalt:

“In het geval dat de regeling van de spanning en van het reactief vermogen dat aan de netbeheerder ter beschikking wordt gesteld, niet volstaat om de veiligheid, de betrouwbaarheid of de efficiëntie van het net te handhaven, zijn de op het net aangesloten producenten gehouden, op verzoek van de netbeheerder, de regeling van de spanning en van het reactief vermogen aan deze laatste aan een billijke prijs op basis van criteria bepaald door de commissie, ter beschikking te stellen en te leveren, met naleving van de technische criteria bedoeld in dit besluit”.

24. In het eerste middelonderdeel werd reeds vastgesteld dat het tot de vrije beoordelingsvrijheid van de CREG behoort om al dan niet te kiezen voor de *net avoided cost*-methode bij de analyse van de voorgestelde prijzen en dat bij dat onderzoek wel degelijk moest worden uitgegaan van de resultaten van de open marktprocedure zoals uitgevoerd door de nv Elia.

De duidelijke bewoordingen van artikel 12*quinquies*, § 1, derde lid, van de Elektriciteitswet, spreken tegen dat de door de leveranciers van reactief vermogen in het kader van de open marktprocedure gevraagde prijzen integraal moeten worden toegekend wanneer een openbare dienstverplichting wordt opgelegd. Uit artikel 257, § 4, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 volgt evenmin dat een billijke prijs noodzakelijkerwijze veronderstelt dat de overheid elk door de leverancier naar voren geschoven prijselement integraal dient te vergoeden. Een billijke prijs lijkt inherent geen manifest onredelijke elementen te mogen bevatten, zodat artikel 257, § 4, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 dient te worden gelezen in het licht van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet en het eliminatiemechanisme van onredelijke prijzen waar die bepaling in voorziet.

In zoverre de verzoekende partij zich beroept op de Altmark-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ 24 juli 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH), geldt vooreerst de vaststelling dat deze rechtspraak handelt over het bepalen van de grenzen waarbinnen de aan een onderneming toegekende overheidssubsidies geen staatssteun uitmaken en dus geen inbreuk vormen op artikel 107 VWEU. Uit die rechtspraak volgt bijgevolg niet dat een openbare dienstverplichting volledig moet worden vergoed, met inbegrip van de winst. De verwijzing naar de mededeling van de Europese Commissie C(2011) 9406 faalt dan ook evenzeer.

25. Artikel 106, lid 2, VWEU, luidt:

“De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie”.

Uit deze verdragsbepaling volgt niet dat de verzoekende partij aanspraak kan maken op een vergoeding voor kosten waarvan volgens de verwerende partij niet blijkt dat zij rechtstreeks voortvloeien uit de levering van reactief vermogen.

26. Artikel 69 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 bepaalt:

“Onafhankelijk van de andere specificaties omschreven in dit besluit, moet elke regelende productie-eenheid in staat zijn haar levering van reactief vermogen automatisch en op vraag van de netbeheerder, zonder verwijl, aan te passen tijdens langzame (in orde van minuten) en plotse (in orde van een fractie van seconde) wijzigingen in de spanning”.

In de bestreden beslissing wordt omtrent deze bepaling het volgende opgemerkt:

“Overwegende dat de regelende productie-eenheden op grond van artikel 69 van het technisch reglement in staat moeten zijn om de levering van reactief vermogen automatisch en op vraag van de netbeheerder zonder verwijl aan te passen tijdens langzame en plotse wijzigingen in de spanning en dit los van de aankoop van deze dienst door de netbeheerder. Bijgevolg zou het dan ook potentiële [sic] discriminatoir zijn om door middel van de prijzen voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen kosten te dekken die niet direct gemaakt werden voor de verstrekking van de dienst aan de netbeheerder”.

Uit voormeld motief blijkt niet dat de verwerende partij uit artikel 69 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 afleidt dat de kosten voor de levering van reactief vermogen niet gedekt hoeven te worden. Wel wijst zij er niet ten onrechte op dat de handelwijze waarbij voor de ene producent bepaalde vaste kosten die niet rechtstreeks aan die dienst van levering van reactief vermogen verbonden zijn wel vergoed worden en voor andere producenten niet, een verschil in behandeling zou uitmaken dat niet verantwoord kan worden.

27. Met de *expert statement*, ingewonnen in opdracht van de verzoekende partij, wordt niet buiten elke twijfel aangetoond dat de CREG en de verwerende partij ten onrechte hebben besloten om de vaste vergoeding gevraagd door de verzoekende partij niet te vergoeden. De verwijzing naar de gezamenlijke verklaring van energieproducenten overtuigt in dit verband evenmin omdat voor deze verklaring ook geen objectief, verifieerbare gegevens worden aangebracht. Tot slot zijn de resultaten van een raadpleging van de elektriciteitsproducenten in april 2017 -dit is vier maanden na het nemen van de bestreden beslissing- evenmin van aard om de wettigheid van de bestreden beslissing aan te tonen.

28. Het tweede middelonderdeel is ongegrond.

Derde onderdeel

29. Artikel 12*quinquies*, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet bepaalt onder meer:

“De door de aanbieders van de ondersteunende diensten voorgestelde prijzen op het transmissienet zijn voldoende aantrekkelijk om op korte en op lange termijn hun levering aan de netbeheerder te waarborgen”.

Die bepaling dient te worden gelezen mede in het licht van de controlebevoegdheid op manifest onredelijke prijzen die door artikel 12*quinquies*, tweede en derde lid, van de Elektriciteitswet aan de CREG wordt opgedragen. De voorwaarde in voormelde bepaling omtrent het leveren van de gevraagde ondersteunende diensten aan voldoende aantrekkelijke prijzen, betekent niet dat om

het even welke prijs moet worden aanvaard. Daarenboven volgt uit de aangehaalde bepaling dat de last voor het aanbieden van die aanlokkelijke prijzen bij de kandidaten voor het leveren van de ondersteunende dienst wordt gelegd. Het zijn, blijkens artikel 12*quinquies*, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet immers zij die aanlokkelijke prijzen moeten voorstellen aan de netbeheerder en niet andersom, zoals het uitgangspunt is van dit middel. In dit verband legt overigens ook de Franse versie van deze wetsbepaling op dat de aangeboden prijzen “suffisamment attractifs” moeten zijn. Aldus blijkt dat het bepaalde van artikel 12*quinquies*, § 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet, moet worden gelezen als een aansporing aan de aanbieders van ondersteunende diensten om matige prijzen voor te stellen aan de transmissienetbeheerder.

30. Het derde middelonderdeel is ongegrond.

Conclusie

31. Het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

32. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in onder meer artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 3.3 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), artikelen 3 en 43 van de Elektriciteitsrichtlijn 2009/72/EG en het gelijkheidsbeginsel als materieel beginsel van behoorlijk bestuur”.

32.1. In het eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing weigert de vaste kostencomponent te vergoeden, in tegenstelling tot andere vergelijkbare leveranciers van diensten voor reactief vermogen. Zij wijst erop dat de verwerende partij in de loop van 2016 heeft aangeraden om de vaste kostencomponent op te nemen in de variabele vergoeding.

Dit druist volgens de verzoekende partij in tegen de gangbare werkwijze inzake kostenverdeling. In de mate dat de andere leveranciers deze bedenkelijke werkwijze hebben gevolgd, heeft de bestreden beslissing een onverantwoord verschil in behandeling gecreëerd tussen volledig vergelijkbare dienstverleners, zonder een objectief noch pertinent criterium. De verzoekende partij vraagt om de beslissingen over andere leveranciers van reactief vermogen voor 2017 neer te leggen.

32.2. In een tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing weigert de vaste kostencomponent te vergoeden, in tegenstelling tot wat de Elektriciteitswet bepaalt betreffende de kosten van de transmissienetbeheerder Elia om zelf in ondersteunende diensten te voorzien. Zij benadrukt dat uit artikel 12^{quinquies}, § 1, derde lid, van de Elektriciteitswet volgt dat de CREG de kosten voor de nv Elia verbonden aan de aankoop van reactief vermogen doorrekent in haar tarieven, wat inhoudt dat alle kosten die de nv Elia oploopt vergoed zullen worden door de gebruikers van het Belgische net. De nv Elia wordt aldus gevrijwaard van elke weigering tot vergoeding van de kosten, zodat de financiële compensatie voor openbare dienstverplichtingen niet op transparante en niet-discriminerende wijze verloopt zoals vereist door artikel 3.6 van de Elektriciteitsrichtlijn. Wanneer de nv Elia zelf reactieve energie zou leveren, zoals haar in beginsel is toegelaten op grond van artikel 9 van de Elektriciteitswet, zal zij overeenkomstig artikel 12 van dezelfde wet wel kunnen rekenen op een vergoeding van al haar kosten, met inbegrip van een redelijke winstmarge. De verzoekende partij besluit dat zij als gelijke dienstverlener op discriminerende wijze wordt behandeld.

32.3. In het derde middelonderdeel wordt gesteld dat de bestreden beslissing weigert de vaste kostencomponent te vergoeden, in tegenstelling tot hetgeen in de kosten van transmissienetbeheerder Elia voor andere ondersteunende diensten wordt aangerekend. In dit verband zet de verzoekende partij uiteen dat het leveren van reactief vermogen slechts één ondersteunende dienst is en dat er daarnaast ook sprake is van andere diensten, zoals de primaire, secundaire en tertiaire reserve, de compensatie van netverliezen en de black start-dienst. Voor elk

van deze ondersteunende diensten -die volgens de verzoekende partij volledig vergelijkbaar zijn met de levering van reactief vermogen omdat al deze diensten noodzakelijk zijn voor de goede werking van het net- worden zowel vaste als variabele kostencomponenten vergoed. Zij concludeert dat zij ook ten opzichte van die leveranciers van ondersteunde diensten wordt gediscrimineerd.

32.4. In het vierde middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing weigert de vaste kostencomponent te vergoeden, in tegenstelling tot hetgeen in de kosten van transmissienetbeheerder Elia voor de strategische reserve wordt aangerekend. Zij verwijst naar de artikelen 7*quinqies* en artikel 7*octies* van de Elektriciteitswet, ingevoegd bij de wet van 26 maart 2014, alsook naar het advies nr. 54.884/3 van 20 januari 2014 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Volgens de verzoekende partij was het enkel het vrijwillig karakter van de deelname aan de strategische reserve door producenten en het feit dat de deelnemers op volledige kostenvergoeding kunnen rekenen, die de afdeling Wetgeving ertoe hebben gebracht de wetswijziging te beoordelen (sic). In voorliggend geval zijn de leveranciers van de ondersteunende dienst verplicht om reactief vermogen te leveren. Dit zou de afdeling Wetgeving volgens de verzoekende partij tot een andere conclusie hebben doen besluiten. Zelfs indien zij de mogelijkheid had om al dan niet deel te nemen aan de dienst voor levering van reactief vermogen, dan nog dient te worden vastgesteld dat zij onder de strategische reserve had kunnen rekenen op een integrale kostenvergoeding en dat zij zodoende verschillend wordt behandeld in vergelijking met andere operatoren.

33. De verwerende partij antwoordt, met betrekking tot het eerste middelonderdeel, dat zij aan de verzoekende partij niet heeft voorgesteld om vaste kosten systematisch onder te brengen in de variabele vergoeding. Wel heeft zij in een e-mail van 5 december 2016 aangeboden om de verdeling van de kosten in vast en variabel te herbekijken. Voorts doet de verwerende partij gelden dat er geen sprake is van discriminatie aangezien iedere deelnemer aan dezelfde procedure werd onderworpen en het de verzoekende partij is die de procedure en de bijhorende kostenallocatie niet heeft gevolgd.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel beklemt toont zij dat artikel 12^{quinqüies} van de Elektriciteitswet niet het onderscheid in behandeling bevat dat de verzoekende partij erin leest en dat ook voor de nv Elia enkel kosten in aanmerking zullen worden genomen die niet onredelijk zijn. Voorts ziet zij niet in hoe artikel 9 van de Elektriciteitswet zou kunnen worden toegepast bij het afnemen van reactief vermogen. De mogelijkheid voor de netbeheerder om zelf elektriciteit te produceren strekt zich niet uit tot aanvullende diensten. De nv Elia beschikt niet over eigen installaties maar dient deze productie uit te oefenen via trekkingsrechten. In elk geval gaat het om een theoretische mogelijkheid die nog niet werd toegepast. Bovendien worden de prestaties van de nv Elia gevaloriseerd overeenkomstig artikelen 12 en 12^{quinqüies} van de Elektriciteitswet, dus op grond van vergelijkbare criteria als leveringen van reactief vermogen. De beoordeling van de kosten van de nv Elia op grond van artikel 12^{quinqüies} van de Elektriciteitswet kan eveneens leiden tot het weigeren van manifest onredelijke kosten. De verwerende partij verwijst daarbij naar een besluit van de CREG van 18 december 2014 over de tariefmethodologie voor het elektriciteitstransmissienet.

Omtrent het derde middelonderdeel laat de verwerende partij gelden dat er geen sprake is van discriminatie omdat alle leveranciers van ondersteunende diensten werden onderworpen aan een redelijkheidsbeoordeling van de aangeboden prijzen. Op de website van de nv Elia wordt verwezen naar alle ondersteunende diensten en wordt geen enkel detail gegeven over het al dan niet dekken van variabele of vaste kosten. Te dezen werden de kosten op gelijke wijze beoordeeld overeenkomstig de *bidding instructions* van de nv Elia. Anders zouden de aangeboden prijzen niet vergelijkbaar zijn en zouden de aanbidders precies ongelijk behandeld worden.

De verwerende partij merkt, met betrekking tot het vierde middelonderdeel, op dat enkel leveranciers die hebben aangekondigd te zullen sluiten, moeten deelnemen aan de strategische reserve op grond van artikel 7^{quinqüies} van de Elektriciteitswet. Zij kunnen dus gedwongen worden een offerte in te dienen. Er is in dit geval dan ook geen sprake van vrijwillige deelname.

De verzoekende partij kon echter vrij kiezen of zij al dan niet een offerte zou indienen voor reactief vermogen. Het advies van de afdeling Wetgeving waar de verzoekende partij naar verwijst vermeldt enkel dat de dienst vergoed zal worden, maar heeft het niet over volledige kostendekking, aldus de verwerende partij.

34. In haar memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij dat het niet wettelijk is om kosten die in een vaste vergoeding thuishoren in de praktijk te integreren in de variabele vergoeding. De wetgever vereist volgens haar een correcte kostendekkende toepassing van deze parameters. Het kan de verzoekende partij naar eigen zeggen niet worden verweten de begrippen vast en variabel consequent te hebben toegepast. Het gaat daarbij niet om een louter theoretische discussie, maar wel degelijk om een discussie met directe impact op de verkregen totaalprijs.

Het gegeven dat andere leveranciers verschillend te werk zouden zijn gegaan, vormt geen rechtvaardiging voor de bekritiseerde handelwijze van de verwerende partij. Volgens de verzoekende partij gaat het immers niet op dat een overheid foutieve beslissingen ten aanzien van elkeen moet bestendigen. Voorts stelt zij dat het non-discriminatiebeginsel er niet toe leidt dat de regels van een open marktprocedure moeten worden gebruikt in een openbare dienstverplichtingsprocedure en dat de verwerende partij zich niet kan beroepen op onwettige beslissingen die zij heeft genomen ten aanzien van derden. Ook zou de verwerende partij zich niet kunnen beroepen op de e-mail van 5 december 2016 die als een eenzijdig stuk moet worden aangemerkt. Ten slotte verwerpt de verzoekende partij de stelling dat zij geen belang zou hebben bij deze kritiek omdat zij de kans zou hebben gekregen om haar kostenverdeling nog aan te passen. Zij merkt op dat zij zich tegen die werkwijze heeft verzet en zij daardoor niet aan haar belang heeft verzaakt.

Over het tweede middelonderdeel stelt de verzoekende partij dat het argument dat artikel 9 van de Elektriciteitswet nog nooit werd toegepast, geen afbreuk doet aan haar standpunt.

Met betrekking tot het vierde middelonderdeel herhaalt zij dat de afdeling Wetgeving bij de invoeging van artikel 12^{quinqies} van de Elektriciteitswet heeft gewezen op de duidelijke krijtlijnen van de ontworpen regeling en de beperking van de contractsvrijheid van de betrokken partijen.

35. De tussenkomende partij wijst er, met betrekking tot het tweede middelonderdeel, bijkomend op dat de vaste kosten wel voor vergoeding in aanmerking komen en dat enkel specifieke kosten voor additionele investeringen die rechtstreeks verband houden met de levering van reactief vermogen vergoedbaar zijn. Ook beklemtoont zij dat de mogelijkheid dat zij op grond van artikel 9 van de Elektriciteitswet zelf reactief vermogen zou produceren, een zeer hypothetische situatie betreft. Voorts wijst de tussenkomende partij erop dat zij een transmissienetbeheerder is en de verzoekende partij een elektriciteitsproducent.

Over het derde en het vierde middelonderdeel stelt zij dat de levering van reactief vermogen te onderscheiden is van andere ondersteunende diensten. De productie-eenheden voor de levering van andere ondersteunende diensten, worden namelijk beperkt in hun normale productieactiviteiten en moeten een deel van hun capaciteit exclusief ter beschikking houden van de nv Elia. In dergelijke omstandigheden is een reservatievergoeding verantwoord, terwijl dat niet het geval is bij de levering van reactief vermogen.

36. In haar laatste memorie herhaalt de verzoekende partij haar verzoek om de beslissingen met betrekking tot de andere leveranciers van reactief vermogen voor het jaar 2017 toe te voegen aan het administratief dossier. Zij stelt bij gebrek aan inzage van die stukken niet te kunnen controleren of bij andere marktspelers bepaalde niet-additionele vaste kosten al dan niet werden vergoed, te meer omdat uit de memorie van antwoord van de verwerende partij zou blijken dat zij “de mogelijkheid heeft geboden aan andere spelers om kosten die theoretisch in een vaste vergoeding zouden thuishoren in de praktijk te laten integreren in de variabele vergoeding”. De verzoekende partij vraagt kenbaar te maken op grond waarvan wordt aangetoond dat de verwerende partij bij andere aanbieders de niet-additionele vaste kosten evenmin heeft vergoed. Voorts herhaalt zij dat

artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet niet toelaat dat van “van de ene parameter naar de andere wordt overgesprongen” en dat dan ook de beslissingen met betrekking tot andere leveranciers van diensten van reactief vermogen moeten worden neergelegd.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel ontkent de verzoekende partij dat haar kritiek rechtstreeks slaat op de Elektriciteitswet en stelt zij dat die kritiek in werkelijkheid gaat over de “correcte interpretatie” van die wet. Voorts acht zij de onderscheiden kwalificatie als transmissienetbeheerder of als elektriciteitsproducent “te simplistisch” omdat beide categorieën “in deze specifieke situatie hetzelfde doel beogen en dezelfde dienst leveren, te weten het waarborgen van de werking van het transmissienet middels de dienst van het reactief vermogen”.

In zake het derde middelonderdeel voegt zij nog toe dat deze grieven als “bijkomend nut” hebben hoe artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet had moeten worden geïnterpreteerd en dat het gegeven dat voor andere diensten een vergoeding wordt uitgekeerd voor de gemaakte kosten, met inbegrip van een redelijke winstmarge, bijdraagt tot de interpretatie van voormelde wetsbepaling. Ook benadrukt de verzoekende partij dat voor de levering van reactief vermogen enkel een activeringsvergoeding, bestaande uit vaste en variabele kosten, wordt voorzien.

Wat betreft het vierde middelonderdeel ontkent zij dat haar kritiek rechtstreeks gericht is op de Elektriciteitswet. De verzoekende partij stelt haar grief daarentegen voor als gericht tegen een problematische interpretatie van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet die leidt tot een verschil in behandeling.

Beoordeling

a. Ontvankelijkheid van het middel

37. In zoverre de verzoekende partij artikel 3, lid 3, VEU geschonden acht -en niet het in het middel vermelde, maar onbestaande, artikel 3, lid 3, VWEU- wordt niet aangetoond dat de verwerende partij gebonden is door de algemene doelstellingen van deze verdragsbepaling die gericht zijn tot de organen van de Europese Unie. Voorts maakt zij niet aannemelijk dat de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2009/72/EG niet of niet afdoende zouden zijn omgezet in Belgisch recht, noch dat er voldaan zou zijn aan de voorwaarden die vervuld dienen te zijn opdat rechtstreekse werking zou mogen worden toegekend aan een richtlijnbe­paling en het ter zake geldende Belgische recht terzijde zou moeten worden gelaten.

38. In die mate is het tweede middel onontvankelijk.

b. Gegrondheid van het middel

Eerste onderdeel

39. Het middelonderdeel komt er in wezen op neer dat de verzoekende partij haar eigen visie over de juiste wijze van kostenallocatie bij de levering van reactief vermogen in de plaats wil stellen van deze van de bevoegde overheid. Bij het onderzoek van het eerste middel werd reeds vastgesteld dat het bestuur zijn beoordelingsvrijheid niet onwettig, onzorgvuldig of onredelijk heeft uitgeoefend. Er zijn voor de Raad van State geen redenen om bij de beoordeling van het tweede middel tot een tegenovergestelde opvatting te komen.

De puur feitelijke vaststelling dat andere leveranciers van reactief vermogen de wijze van prijsopgave -en dus van kostenallocatie- vooropgesteld door de nv Elia in de open marktprocedure, wel hebben gevolgd en de verzoekende partij als enige niet, kan niet worden beschouwd als een objectief

verschil in behandeling dat kan leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Uit de concrete gegevens van het administratief dossier blijkt overigens niet dat de verwerende partij bij andere leveranciers van reactief vermogen bepaalde niet-additionele vaste kosten wel voor vergoeding in aanmerking heeft genomen. Deze vaststelling wettigt op zich het besluit dat het eerste middelonderdeel feitelijke grondslag mist.

40. Met betrekking tot het gebruik van de regels uit de open marktprocedure bij het opleggen van de openbare dienstverplichting, wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste middel, inzonderheid waar werd opgemerkt dat deze werkwijze precies voortvloeit uit de interne logica van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet. Evenmin blijkt dat de verwerende partij ten aanzien van de andere leveranciers onrechtmatig heeft gehandeld.

41. Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

42. In de mate dat de verzoekende partij rechtstreeks kritiek uitbrengt op de Elektriciteitswet en niet op de bestreden beslissing als dusdanig, valt die kritiek buiten de rechtsmacht van de Raad van State en dient deze als onontvankelijk te worden verworpen.

43. Voorts wordt opnieuw vastgesteld dat de nv Elia een transmissienetbeheerder en de verzoekende partij een elektriciteitsproducent is en het dus niet gaat om vergelijkbare categorieën van rechtspersonen. Daarenboven volgt uit het bepaalde van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet niet dat de transmissienetbeheerder door de CREG anders zou moeten worden behandeld als deze zelf reactief vermogen zou aanleveren.

44. Het tweede middelonderdeel is deels onontvankelijk en deels ongegrond.

Derde onderdeel

45. Met de bewering dat de diverse ondersteunende diensten voor de goede werking van het transmissienet vergelijkbaar zouden zijn, toont de verzoekende partij niet aan dat zij ongelijk werd behandeld in het kader van de specifieke dienst voor de levering van reactief vermogen. Bovendien leidt de vaststelling dat deze ondersteunende diensten in zekere mate vergelijkbaar zijn, niet tot het besluit dat de vergoeding voor het leveren van elk van die diensten op dezelfde manier moet worden berekend.

46. Het derde middelonderdeel is ongegrond.

Vierde onderdeel

47. In de mate dat opnieuw kritiek wordt uitgebracht op de Elektriciteitswet en niet op de bestreden beslissing als dusdanig, valt die kritiek buiten de rechtsmacht van de Raad van State en dient deze als onontvankelijk te worden verworpen.

48. Voorts toont de verzoekende partij niet aan dat de situatie van een producent die deel uitmaakt van de strategische reserve, voldoende vergelijkbaar is met de situatie van een producent die een offerte heeft ingediend voor de levering van reactief vermogen. In het eerste geval gaat het immers om het ter beschikking stellen van back-up productiecapaciteit bij een acuut elektriciteitstekort, terwijl de levering van reactief vermogen een ondersteunende dienst is bij het beheer van het elektriciteitstransmissienet. Er is geen reden om aan te nemen dat in de beide onderscheiden gevallen een identiek vergoedingsmechanisme moet gelden.

49. De beschouwingen van de verzoekende partij over het advies dat de afdeling Wetgeving heeft uitgebracht over ontworpen bepalingen die later de artikelen 7*quinquies* en 7*octies* van de Elektriciteitswet zijn geworden, vertoont geen enkele relevantie alleen al omdat de bestreden beslissing niet steunt op

voormelde bepalingen.

50. Het vierde middelonderdeel is eveneens ongegrond.

Conclusie

51. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

52. In een derde middel wordt de schending aangevoerd van “de beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het evenredigheidsbeginsel, en van artikel 106, 2^{de} lid Verdrag Werking Europese Unie, en van artikel 12^{quinq}ues van de Elektriciteitswet in dit verband”.

De verzoekende partij vat het derde middel als volgt samen:

“DOORDAT: het Bestreden Besluit tot oplegging van een prijs zonder vaste kostcomponent als middel niet in een redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel van de bevoorradingszekerheid binnen een uitzonderingsprocedure waar niet zozeer de laagst mogelijke prijs dient te worden nagestreefd, maar waar op korte termijn en voor korte termijn een beslissing van hogerhand (ODV) wordt opgelegd die ingrijpt in de rechten van de deelnemende partijen, tegen een niet manifest onredelijke prijs die op korte en lange termijn deze noodprocedure garandeert;

Dat verder het Bestreden Besluit zich baseert op elementen die voortvloeien uit de waardering binnen een aanbestedingsprocedure die voortkomt uit de organisatie door Elia conform [§] 1, 1^{ste} en 2^{de} lid van artikel 12^{quinq}ues van de Elektriciteitswet;

TERWIJL: de beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het evenredigheidsbeginsel, en van artikel 106, 2^{de} lid Verdrag Werking Europese Unie nochtans vereisen dat de aangewende middelen in een redelijke verhouding moeten staan tot het nagestreefde doel;

Dat verder het Bestreden Besluit moet worden toegepast binnen het 3^{de} lid van artikel 12^{quinq}ues van de Elektriciteitswet waar men zich diende te baseren op elementen die voortkomen uit elementen die leiden tot de invulling van de vergoeding voor een openbare dienstverplichting;

ZODAT: het Bestreden Besluit is tot stand gekomen met miskennen van

de genoemde bepalingen”.

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij in de eerste plaats op het onderscheid in artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet tussen de open marktprocedure en de openbare dienstverplichtingsprocedure. Door in de openbare dienstverplichtingsprocedure rekening te houden met elementen uit de open marktprocedure zou de verwerende partij het voormelde artikel 12*quinquies* hebben miskend. Zij betoogt dat de openbare dienstverplichtingsprocedure restrictief moet worden opgevat en dat zulks tot gevolg heeft dat de CREG bij de invulling van zijn onderzoeksplicht rekening moest houden met het begrip “manifest onredelijk” en haar beoordeling niet had mogen baseren op het al dan niet aanvaardbaar zijn van de kosten in het kader van de open marktprocedure door de nv Elia. Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij moeten onderzoeken of er een minder ingrijpende maatregel mogelijk was, namelijk het opleggen van de niet-onredelijke prijs geboden door de verzoekende partij. Zij stelt dat de bestreden beslissing niet noodzakelijk was omdat een minder ingrijpende maatregel had kunnen worden opgelegd, die ook volledig kostendekkend en tegelijk aantrekkelijker was voor de producenten met een gelijkaardige waarborg van de bevoorradingszekerheid. De bestreden beslissing zou niet proportioneel zijn omdat het beschikken over reactief vermogen niet opweegt tegen de aantasting van het eigendomsrecht van de verzoekende partij op dat reactief vermogen.

Voorts zet zij uiteen dat artikel 106, lid 2, VWEU een bijkomende proportionaliteitsregel oplegt voor openbare dienstverplichtingen. Het beperken van bepaalde mededingingsregels is enkel toegelaten als deze regels het beheer van de openbare dienst zouden beperken. In dit geval kan niet worden gesteld dat de openbare dienstverplichting van de dienst voor reactief vermogen zou worden beperkt indien een hogere kostendekkende prijs zou worden aangeboden. Enkel als de prijzen manifest onredelijk zijn kan worden aanvaard dat zij worden beperkt. Het opleggen van een niet-kostendekkende prijs strookt volgens de verzoekende partij daarom niet met artikel 106, lid 2, VWEU.

Ten slotte beroept zij zich nog op het arrest Federutility van het Hof van Justitie van de Europese Unie (C-265/08 van 20 april 2010) dat volgens haar bevestigt dat op grond van artikel 106, lid 2, VWEU een proportionaliteitstest moet gebeuren.

53. De verwerende partij antwoordt dat de door de verzoekende partij opgegeven kosten niet onredelijk werden verklaard omdat ze te hoog waren, maar wel omdat de kostenallocatie niet naar behoren werd uitgevoerd en niet werd aangetoond dat het effectief om additionele kosten gaat. In dit verband verwijst zij naar het verslag van de CREG. Wat betreft de strikte interpretatie van het begrip “manifest onredelijk”, laat zij gelden dat, in zoverre de verzoekende partij er niet in slaagt aan te tonen dat de aangegeven kosten in rechtstreeks verband staan met de levering van reactief vermogen, deze als manifest onredelijk dienden te worden beschouwd. Er anders over oordelen zou erop neerkomen dat zij de verzoekende partij zou moeten vergoeden voor niet-gepresteerde diensten. Dit zou bovendien de mededinging op de liquide en concurrentiële markt verstoren en indruisen tegen het doel van de regelgeving.

De verwerende partij betwist tevens dat de CREG zich niet zou mogen baseren op de documenten van de nv Elia uit de open marktprocedure. Bovendien benadrukt zij dat de CREG niet heeft geweigerd om iedere vaste kost te vergoeden. Wat betreft het proportionaliteitsbeginsel herhaalt de verwerende partij dat de bestreden beslissing steunt op de vaststelling dat de aangegeven vaste kosten geen rechtstreeks verband houden met de te leveren diensten. Zelfs een restrictieve interpretatie van het proportionaliteitsbeginsel laat volgens haar toe om kosten die niet in rechtstreeks verband staan met een te leveren dienst niet te dekken. De verwijzing naar het arrest Federutility leidt niet tot een ander besluit en bevestigt integendeel dat de bestreden beslissing het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt en proportioneel is, aldus de verwerende partij.

54. In haar memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij dat de arresten Enel en Essent van het Hof van Justitie van de Europese Unie (C-242/10 en C-492/14), bevestigen dat er een verband is tussen artikel 106, lid 2,

VWEU en de evenredigheidstoets.

Zij vraagt om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag te stellen:

“Dienen artikel 3 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 en artikel 106 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, in hun geheel beschouwd, zo te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen besluiten zoals het besluit van 25 december 2016 ter oplegging aan RWE Supply & Trading GmbH van een openbare dienstverplichting met betrekking tot het volume en de prijs voor de dienst regeling van de spanning en het reactief vermogen vanaf 1 januari 2017 tot en met 31 december 2017, dat bepaalde vaste kostenparameters niet aanvaardt ter compensatie van deze verplichting, gelet ondermeer op de evenredigheidstoets m.b.t. deze artikelen en inzake de berekening van de compensatie?”.

Tot slot herhaalt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing de evenredigheidstoets niet doorstaat.

55. De tussenkomenende partij wijst erop dat de artikelen 8 en 12 van de Elektriciteitswet haar opleggen om een evenwicht te vinden tussen het uitbouwen van het transmissienet en het beperken van de nettarieven voor de gebruikers en consumenten. Dezelfde plicht rust ook op de CREG. De CREG mag de tussenkomenende partij niet toelaten om onbestaande of niet-noodzakelijke kosten voor ondersteunende diensten te vergoeden.

Artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet beoogt het garanderen van de bevoorradingszekerheid, maar tegen een maatschappelijk aanvaardbare kost. Volgens de tussenkomenende partij is het niet zo dat tijdens de open marktprocedure de doelstelling bestaat in bevoorradingszekerheid tegen de laagste prijs, terwijl in het kader van de openbare dienstverplichting de doelstelling louter de bevoorradingszekerheid zou zijn. Tegelijk verwerpt zij het standpunt dat de ondersteunende diensten tegen elke prijs moeten worden aangekocht, of dat het opleggen van een prijs die lager is dan de vraagprijs meteen een

eigendomsberoving zou inhouden. Niet elke inmenging in het eigendomsrecht, zo stelt zij, vormt een schending van het evenredigheidsbeginsel. Tot slot benadrukt de tussenkommende partij dat het manifest onredelijk is om kosten te vergoeden die geen bijkommende investering vertegenwoordigen, noch rechtstreeks verband houden met de levering van reactief vermogen. Het evenredigheidsbeginsel kan er niet toe leiden dat netgebruikers of consumenten moeten opdraaien voor de dubbele vergoeding van dezelfde kosten.

56. In haar laatste memorie volhardt de verzoekende partij in haar verzoek om de gesuggereerde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen.

Beoordeling

57. Wat betreft de grieven over het loskoppelen van de open marktprocedure en de procedure tot het opleggen van een openbare dienstverplichting en over de interpretatie van het begrip “manifest onredelijk” door de CREG, wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste middel.

58. In zoverre de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij ook een andere maatregel had kunnen opleggen, wordt vastgesteld dat deze kritiek slaat op de concrete invulling door de verwerende partij van de haar door de wetgever toegekende discretionaire beoordelingsvrijheid. Het volstaat in dit verband vast te stellen dat de verzoekende partij niet aantoont dat de gegeven discretionaire bevoegdheid op een onwettige, onzorgvuldige of onredelijke wijze werd uitgeoefend. Evenmin blijkt dat de bestreden beslissing van die aard is dat zij buiten het beslissingspatroon valt van een zorgvuldig en redelijk handelende overheid.

Het enkele feit dat de verzoekende partij niet zonder meer krijgt toegekend wat zij aanvankelijk heeft gevraagd, leidt niet tot de onafwendbare vaststelling dat het evenredigheidsbeginsel werd miskend. Van een dergelijke miskenning is immers slechts sprake wanneer er een kennelijke wanverhouding

blijkt te bestaan tussen de materiële motieven en de inhoud van de genomen beslissing. Er is bij het onderzoek van het eerste middel reeds gebleken dat dergelijke wanverhouding in dit geval niet voorhanden is. Daarenboven kan het evenredigheidsbeginsel hoe dan ook niet worden ingeroepen om een uitdrukkelijke wettelijke regeling buiten toepassing te laten of terzijde te schuiven.

59. Artikel 106, lid 2, VWEU bepaalt:

“De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang”.

Deze verdragsbepaling strekt ertoe om vrije en gelijke toegang tot de diverse Europese markten te vrijwaren en te voorkomen dat lidstaten bepaalde restricties op de toegang tot hun markten zouden instellen door diensten onder te brengen bij ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of het instellen van andere monopolies.

De verzoekende partij heeft, als buitenlandse onderneming, vrij kunnen beslissen om al dan niet een offerte in te dienen in het kader van de open marktprocedure voor de levering van reactief vermogen in België. Uit de feitelijke gegevens van de zaak blijkt niet dat zij daarbij werd gehinderd in haar toegang tot de Belgische markt. Evenmin zijn concrete gegevens voorhanden die aantonen, of minstens aannemelijk maken, dat de verwerende partij met de bestreden beslissing de toegang tot de Belgische markt voor reactief vermogen heeft willen beperken, buitenlandse leveranciers wou uitsluiten of hen de toegang tot de markt wou bemoeilijken. Het loutere feit dat de verzoekende partij de door haar initieel gevraagde, maar door de CREG als manifest onredelijk verworpen, vaste vergoeding niet krijgt toegekend, vormt op zich alleszins geen mededingingsbeperkende maatregel in de zin van artikel 106, lid 2, VWEU.

De veronderstelling van de verzoekende partij dat het opleggen van een openbare dienstverplichting steeds gepaard zou moeten gaan met het betalen van de volledige initieel door de leverancier gevraagde vergoeding, ook wanneer die door de overheid als manifest onredelijk werd aangemerkt, strookt niet met artikel 106, lid 2, VWEU, noch met de arresten *Federutility*, *Enel* en *Essent* van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Er bestaat dan ook geen aanleiding om de door de verzoekende partij gesuggereerde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ter beantwoording voor te leggen.

60. Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Standpunt van de partijen

61. De verzoekende partij voert als vierde middel de schending aan van “het eigendomsrecht, zoals onder meer vervat in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 16 van de Grondwet”.

Zij vat dit middel als volgt samen:

“DOORDAT: het Bestreden Besluit weigert de vaste kostcomponent aangeboden door Verzoekster te vergoeden bij de levering van diensten voor reactief vermogen aan de transmissienetbeheerder overeenkomstig artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet;

TERWIJL: artikel 16 van de Grondwet, zoals geïnterpreteerd door de rechtspraak van Uw Raad en het Grondwettelijk Hof, vereist dat iedere vorm van ontzetting van het eigendomsrecht slechts op wettige wijze kan geschieden indien deze gepaard gaat met een billijke en voorafgaandelijke schadeloosstelling;

ZODAT: het Bestreden Besluit, door het uitsluiten van een vaste kostcomponent bij de vergoeding van de diensten voor reactief vermogen door Verzoekster, is tot stand gekomen met miskenning van de in dit middel genoemde bepaling en, zodoende, met onwettelijkheid is aangetast”.

In de toelichting bij het middel doet de verzoekende partij gelden dat aan artikel 1, Eerste Protocol EVRM en artikel 16 van de Grondwet een strikte toepassing dient te worden gegeven. Ook de parlementaire voorbereiding van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet wijst volgens haar op het evenwicht tussen onteigening, bevoorradingszekerheid en tarieven. Door de bestreden beslissing is dit evenwicht volledig zoek: de ontzetting uit haar eigendomsrecht op reactief vermogen is geenszins voorafgaandelijk gebeurd, noch tegen een billijke vergoeding.

62. De verwerende partij antwoordt dat de discussie louter gaat over kostenallocatie waarbij de door de verzoekende partij aangegeven kosten geen verband houden met de geleverde diensten en daarom als manifest onredelijk moesten worden aangemerkt. Van een ontzetting uit het eigendomsrecht is daarom geen sprake.

Voorts doet zij gelden dat tijdens twee vergaderingen in maart en april 2016 en nogmaals tijdens gesprekken in november 2016 aan de verzoekende partij werd verduidelijkt welke kosten gedekt zouden worden, zodat het niet geloofwaardig is dat zij pas met de bestreden beslissing geconfronteerd zou zijn geworden met het feit dat de aangegeven vaste kosten niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. Trouwens, zo merkt de verwerende partij op, werd de verzoekende partij naar aanleiding van het leveren van de openbare dienstverplichting voor het jaar 2016 reeds geïnformeerd over de kosten die onder de vaste dan wel variabele vergoeding zouden vallen. Ten slotte merkt de verwerende partij nog op dat, wat het billijk karakter van de vergoeding betreft, de aangegeven kosten geen verband houden met de geleverde diensten en dus niet gedekt dienen te worden.

63. In haar memorie van wederantwoord verwijst de verzoekende partij naar het advies nr. 54.884/3 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 20 januari 2014 waarin wordt gewezen op de interferentie op de contractsvrijheid van de partijen en de vrijheid van ondernemerschap.

64. De tussenkomenende partij doet gelden dat er geen onteigening heeft plaatsgevonden door de definitieve overdracht van de productie-eenheid van de verzoekende partij. Zij stelt dat er hoogstens sprake is van een eigendomsbeperking in de vorm van een openbare dienstverplichting tot het leveren van reactief vermogen. De productievrijheid van de gehele productie-eenheid wordt geenszins beperkt. In het geval van eigendomsbeperking geldt niet het recht op billijke en voorafgaande schadevergoeding. Artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek geeft de overheid het recht om het eigendomsrecht te beperken, zonder dat hiervoor in de regel een vergoeding moet worden betaald. Het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang eigendomsbeperkingen oplegt, heeft niet tot gevolg dat zij tot schadeloosstelling is gehouden. De tussenkomenende partij benadrukt dat de verzoekende partij wel degelijk wordt vergoed voor de levering van reactief vermogen via de variabele vergoeding. Om dubbele vergoeding en marktverstoring te vermijden werden vaste kosten die geen additionele investering vertegenwoordigen en geen rechtstreeks verband houden met de levering van reactief vermogen, niet in aanmerking genomen.

65. De verzoekende partij laat in haar laatste memorie nog gelden dat zowel uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en de Raad van State blijkt dat uit het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten voortvloeit dat de lasten gelijk over de gemeenschap verdeeld moeten worden, dat uit de parlementaire voorbereiding van artikel 12*quinquies* van de Elektriciteitswet blijkt dat er ook van een dergelijk evenwicht sprake moet zijn, dat in dit geval wegens de afwezigheid van een billijke schadeloosstelling het bedoelde evenwicht volledig zoek is geraakt, dat er evenmin een verdeling van de kosten over de gemeenschap heeft plaatsgevonden door “al de gemaakte aangeboden kosten [...] die verband houden met de levering van het reactief vermogen te laten opnemen in de tarieven van Elia dewelke dan verder over alle netgebruikers (de gemeenschap) worden verdeeld” en dat de bestreden beslissing wel degelijk “zowel technisch al economisch” neerkomt op een “de facto ontzetting uit het nuttig eigenaarschap van de productie-eenheid”.

Beoordeling

66. In zoverre het middel strekt tot het vrijwaren van het eigendomsrecht dat de verzoekende partij put uit artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek, betreft het een geschil over een subjectief recht waarvan de beoordeling bij uitsluiting tot de rechtsmacht van de rechtscolleges van de rechterlijke orde behoort.

In die mate is het middel onontvankelijk.

67. Artikel 1 van het eerste aanvullend Protocol bij het EVRM luidt als volgt:

“Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met in achtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren”.

Artikel 16 van de Grondwet bepaalt:

“Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling”.

68. De bestreden beslissing strekt er niet toe de verzoekende partij volledig en definitief uit haar eigendomsrechten op de betrokken productie-installatie te onttrekken. De verplichting om die productie-installatie aan te wenden als ondersteunende dienst van de levering van reactief vermogen, kan enkel als een maatregel van eigendomsbeperking worden gekwalificeerd, te meer omdat de opgelegde openbare dienstverplichting het normale gebruik van de productie-installatie niet betekenisvol aantast.

69. Het vierde middel is ongegrond.

E. Vijfde middel

Standpunt van de partijen

70. De verzoekende partij voert in een vijfde middel de schending aan van “artikel 3, para. 2 van de Elektriciteitsrichtlijn, artikelen 8, § 1, lid 3, 2°, 12ter en 12quinquies van de Elektriciteitswet, artikelen 232 en 257, § 3 van het Technisch Reglement, alsook van de beginselen van transparantie bij inmededingingstelling”.

In haar verzoekschrift vat zij het middel als volgt samen:

“Doordat

Eerste Onderdeel

het Bestreden Besluit in bijlage het template Elia raamcontract toevoegt ter toepassing, en zich baseert op art. 8.1.1 van dit template Elia Raamcontract, dat nochtans louter in het kader van een aanbestedingsprocedure suggesties formuleert om bepaalde kostcomponenten uit te sluiten aan de verkozen kandidaat;

Tweede Onderdeel

het Bestreden Besluit niet op objectieve en niet-discriminerende marktregels is gebaseerd;

Derde Onderdeel

het Bestreden Besluit niet transparant tot stand is gekomen;

Terwijl: art. 8.1.1 van het template Elia Raamcontract, waarop het Bestreden Besluit zich baseert, een schending inhoudt van artikel 3, para.2 van de Elektriciteitsrichtlijn, artikelen 8, § 1, lid 3, 2°, 12ter en 12quinquies van de Elektriciteitswet, artikelen 232 en 257, § 3 van het Technisch Reglement omdat deze ondersteunende diensten niet kunnen worden verschaft door de netbeheerder volgens transparante, objectieve, niet-discriminerende en op de marktregels gebaseerde procedures;

dat art. 8.1.1 van het template Elia Raamcontract niet van toepassing kan zijn voor het Bestreden Besluit, daar deze dan wel bindend zou kunnen worden indien een aanbestedingsprocedure tot het sluiten van een contract leidt, maar deze niet bindend kan gemaakt worden of worden opgelegd in de uitvoering van een openbare dienstverplichting (noodmaatregel), waar de partijen desgevallend nieuwe contractvoorwaarden dienen te bepalen binnen het gereguleerd kader; dat de procedure in ieder geval de beginselen

van transparantie en gelijkheid in behandeling dient te respecteren hetgeen in casu geenszins is gebeurd; en

Zodat: dit template Elia Raamcontract, en zeker meer specifiek art. 8.1.1 van het [sic] in de besluitvorming inzake openbare dienstverplichting buiten beschouwing dient te worden gelaten, minstens niet als bindend kan worden opgelegd, hetgeen nochtans door het Bestreden Besluit wordt gedaan.

Dat het Bestreden Besluit is tot stand gekomen met miskenning van de genoemde bepalingen en, zodoende, met onwettelijkheid is aangetast”.

70.1. In het eerste middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat de bestreden beslissing steunt op artikel 8.1.1 van het Elia-modelraamcontract. Artikel 3, lid 2, van de Elektriciteitsrichtlijn vereist dat openbare dienstverplichtingen duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en ook de Altmark-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie vereist volgens de verzoekende partij dat de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, op voorhand op objectieve en transparante wijze zijn bepaald.

Artikel 8.1.1 van het Elia-modelraamcontract formuleert enkel in het kader van de open marktprocedure suggesties om bepaalde kostcomponenten uit te sluiten. Ook uit het CREG rapport van 13 oktober 2016 blijkt dat er op voorhand geen methodologie voor prijsberekening werd opgesteld. Een aanbieder van reactief vermogen zal dus nooit op voorhand kunnen weten wat de parameters en de effectieve invulling van de compensatie zullen zijn. Volgens de verzoekende partij strookt het Elia-modelraamcontract dan ook niet met het vereiste dat de compensatie van de openbare dienstverplichting kostendekkend moet zijn. Zij verzet zich tegen artikel 8.1.1 van het Elia-modelraamcontract dat inhoudt dat enkel de kosten gemaakt om de dienst te leveren onder de voorwaarden van het modelraamcontract vergoed kunnen worden en geen andere kosten. In dit verband verwijst de verzoekende partij naar hetgeen zij bij het tweede onderdeel van het tweede middel heeft uiteengezet.

70.2. In een tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat artikel 8.1.1 van het Elia-modelraamcontract niet kan worden beschouwd als een geheel aan transparante, objectieve en niet-discriminerende marktregels, zoals

vereist door artikel 8, § 1, derde lid, van de Elektriciteitswet en de artikelen 232 en 257 van het Technisch Reglement, omdat artikel 8.1.1 niets vooropstelt over kostcomponenten of prijzen.

Voor zover deze contractuele bepaling een kostenverrekening voorstelt is deze ten eerste niet bindend, want enkel van toepassing als de open marktprocedure volledig doorlopen is, en ten tweede niet-marktconform aangezien enkel een volledige vergoeding van vaste en variabele kostencomponent met een redelijke winst marktconform kan zijn. De verzoekende partij poneert dat de procedure door de Koning had moeten worden uitgewerkt op grond van de Elektriciteitswet en niet door contractuele regels van de nv Elia. Daarenboven komt de bestreden beslissing ook niet tegemoet aan het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel, zoals opgelegd door het Federutility-arrest, die van toepassing zijn op alle overeenkomsten die de administratie met private personen sluit.

70.3. Als derde middelonderdeel laat de verzoekende partij gelden dat hoewel artikel 12ter van de Elektriciteitswet vereist dat de CREG op haar website “de handelingen met individuele of collectieve draagwijdte [publiceert] die werden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten krachtens de artikel en 12 tot 12quinquies, alsook iedere gerelateerde voorbereidende handeling, expertiseverslag, commentaar van de geraadpleegde partijen”, er in voorliggend geval niet werd voldaan aan deze publiciteitsvereiste. Volgens haar vereist het transparantiebeginsel dat de procedure “met open deuren” wordt gevoerd, met duidelijke en volledige vermelding inzake onder meer hoe de prijs gevormd zal worden, met welke kosten de kandidaat geconfronteerd zal worden en wat kan leiden tot de onregelmatigheid van de offerte. De verzoekende partij stelt dat deze voorwaarden in het kader van de totstandkoming van de bestreden beslissing niet werden gerespecteerd.

71. Met betrekking tot het eerste middelonderdeel wijst de verwerende partij op het feit dat het de CREG niet gelukt is om in overleg met de marktspelers een methodologie vast te stellen. Daaruit mag echter niet afgeleid worden dat de CREG geen enkele transparante methodologie zou hebben

gehanteerd. Immers, naast de bepalingen van de raamovereenkomst waarin de toekenningscriteria vermeld werden, hebben er ook diverse vergaderingen plaatsgevonden over de wijze van indiening van de offertes, de te volgen procedure en de criteria die gehanteerd zouden worden voor het in aanmerking nemen van de vaste kosten. De verwerende partij besluit dat artikel 8.1.1 van de raamovereenkomst stoelt op een methodologie die rekening houdt met objectieve criteria.

Volgens de verwerende partij heeft de verzoekende partij geen belang bij het tweede middelonderdeel. Immers, de raamovereenkomst werd aan de verzoekende partij ter kennis gebracht met de uitnodiging om een offerte in te dienen en ook op verschillende vergaderingen met de CREG en de FOD Economie werd zij ingelicht over de gehanteerde criteria en de kosten die al dan niet gedekt zouden worden. Bijgevolg moet aangenomen worden dat de verzoekende partij voldoende kennis had van de procedure die gevolgd zou worden en de criteria die daarbij gehanteerd zouden worden.

Ten gronde zet zij uiteen dat de wijze waarop het (on)redelijk karakter van de aangeboden prijzen wordt beoordeeld niet in een koninklijk besluit moest worden vastgesteld. Volgens haar volstaat het dat die beoordeling transparant en niet-discriminatoire is.

De verwerende partij antwoordt, met betrekking tot het derde middelonderdeel, dat de grief van de verzoekende partij betrekking heeft op een mogelijk gebrekkige bekendmaking die op zich niet tot de onwettigheid van het CREG-verslag of de bestreden beslissing kan leiden. Daarnaast is artikel 12^{ter} van de Elektriciteitswet niet van toepassing op verslagen of adviezen van de CREG die niet bekend moeten worden gemaakt om de vertrouwelijkheid te waarborgen. Voorts benadrukt zij dat de CREG niet belast was met de organisatie van de open marktprocedure. Omtrent de kritiek dat de verzoekende partij geen kennis zou hebben gehad van het gegeven dat geen rekening zou worden gehouden met haar algemene vaste kosten, doet de verwerende partij gelden dat er in maart, april en november 2016 vergaderingen hebben plaatsgevonden waarop hierover

duidelijkheid werd verschaft. Ook reeds in de procedure voor de levering van reactief vermogen in 2016 werd de verzoekende partij hierover geïnformeerd. Zij had dus wel degelijk kennis van de kosten die in aanmerking zouden komen voor vergoeding.

72. In de memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij over het tweede middelonderdeel dat de verwerende partij pas voor het eerst in de procedure voor de Raad van State enige duidelijkheid begint te verschaffen over haar visie inzake de toepasselijke kostencriteria. Wat het belang betreft, benadrukt zij dat zij zich aldoor heeft verzet tegen de werkwijze van de verwerende partij en dat zij aldus op generlei wijze aan haar belang heeft verzaakt.

Inzake het derde middelonderdeel herinnert de verzoekende partij aan de bewoordingen van artikel 12^{ter} van de Elektriciteitswet waaruit blijkt dat deze bepaling van toepassing is op alle handelingen met individuele of collectieve draagwijdte. Ook verwijst zij naar een mededeling van de Europese Commissie van 2011. Tot slot is het volgens haar perfect mogelijk dat een niet-vertrouwelijke versie van beslissingen en verslagen wordt bekendgemaakt.

73. De tussenkomen de partij voegt, met betrekking tot het tweede middelonderdeel, nog toe dat de open marktprocedure volledig en correct werd doorlopen. Artikel 12^{quinquies} van de Elektriciteitswet bepaalt precies dat als het verslag van de CREG vaststelt dat de prijzen manifest onredelijk zijn, bij koninklijk besluit een openbare dienstverplichting kan worden opgelegd. De bestreden beslissing bevestigt uitdrukkelijk dat het raamcontract, behalve de opgelegde prijzen, van toepassing blijft.

74. In haar laatste memorie voegt de verzoekende partij nog toe dat de in het middel aangehaalde rechtsbepalingen alle een “transparante, objectieve, niet-discriminerende en op de marktregels gebaseerde procedures” vereisen, dat tijdens de Elia-procedure er geen enkele aanduiding was dat de bestanddelen voor prijsvorming en vergoeding ook gehanteerd zouden worden in de latere openbare dienstverplichtingsprocedure, dat de term “modaliteiten” in artikel 257, § 3, van

het Technisch Reglement enkel kan slaan op bijkomstige elementen en niet op essentiële bestanddelen zoals prijs en vergoeding, dat in artikel 12^{ter}, derde lid, van de Elektriciteitswet expliciet wordt verwezen naar artikel 12^{quinqüies} van dezelfde wet en dat in dit geval geen enkele vorm van publiciteit werd gegeven.

Beoordeling

Eerste onderdeel

75. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG luidt als volgt:

“Met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, waaronder de leverings- en voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat. Deze verplichtingen zijn duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar en waarborgen de gelijke toegang voor communautaire elektriciteitsbedrijven tot nationale consumenten waarborgen. Met betrekking tot leverings- en voorzieningszekerheid en energie-efficiëntie/vraagzijdebeheer, alsmede ter verwezenlijking van milieudoelstellingen en doelstellingen voor energie uit hernieuwbare bronnen in de zin van dit lid, kunnen de lidstaten gebruikmaken van planning op lange termijn, daarbij rekening houdend met de mogelijkheid dat derden toegang tot het systeem wensen”.

Zoals reeds werd gesteld bij de beoordeling van het tweede middel, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat richtlijn 2009/72/EG niet of niet afdoende zou zijn omgezet in Belgisch recht, noch dat er voldaan zou zijn aan de voorwaarden die vervuld dienen te zijn opdat rechtstreekse werking zou mogen worden toegekend aan bepalingen van die richtlijn.

Voorts werd in randnummer 15 uiteengezet dat de procedure voor het verwerven van ondersteunende diensten door of voor de

transmissienetbeheerder, overeenkomstig artikel 12^{quinqies} van de Elektriciteitswet, verloopt in twee fasen: in eerste instantie een open marktprocedure en daarna eventueel een “gedwongen” fase waarbij een openbare dienstverplichting wordt opgelegd. De opvatting van de verzoekende partij dat de openbare dienstverplichtingsprocedure moet losgekoppeld worden van de open marktprocedure, faalt bijgevolg naar recht.

In zoverre wordt aangevoerd dat de verwerende partij geen consequente prijsmethodologie zou hebben gehanteerd, mist het middelonderdeel feitelijke grondslag. De limieten inzake prijsvorming en vergoeding werden immers kenbaar gemaakt in de documenten aan de basis van de open marktprocedure. Anders dan de verzoekende partij doet gelden konden de leveranciers van reactief vermogen wel degelijk voor het indienen van een offerte weten welke kosten er al dan niet voor vergoeding in aanmerking zouden worden genomen.

Voor het overige volstaat een verwijzing naar de beoordeling van het tweede onderdeel van het eerste middel.

76. Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

77. Overeenkomstig artikel 8, § 1, derde lid, 2^o, van de Elektriciteitswet verschaft de netbeheerder zich de energie die hij gebruikt om zijn energieverliezen te dekken en om een reservecapaciteit op het net te behouden volgens transparante, niet-discriminerende en op de marktregels gesteunde procedures.

Artikel 232 van het koninklijk besluit van 19 december 2002 ‘houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe’ bepaalde op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing:

“De netbeheerder ziet toe op de beschikbaarheid van en, in voorkomend geval, op de inwerkingstelling van de ondersteunende diensten :
- volgens objectieve, transparante en niet discriminerende procedures, die berusten op de markregels; en
- overeenkomstig de operationele regels voorzien in dit besluit”.

Artikel 257 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalde onder meer wat volgt:

“§ 1. De netbeheerder bepaalt de specificaties inzake de beschikbaarheid en de levering van de regeling van de spanning en van het reactief vermogen. [...]
§ 3. De modaliteiten met betrekking tot de beschikbaarheid en de levering van de regeling van de spanning en van het reactief vermogen bedoeld in § 1, worden door de netbeheerder, op transparante en niet discriminerende wijze, bepaald en in één of meerdere contracten voor ondersteunende diensten gepreciseerd”.

78. Opnieuw past het te herhalen dat de opvatting van de verzoekende partij dat de openbare dienstverplichtingsprocedure moet losgekoppeld worden van de open marktprocedure, faalt naar recht.

Artikel 257, § 3, van het koninklijk besluit van 19 december 2002 machtigt de netbeheerder om de modaliteiten te bepalen van de beschikbaarheid en de levering van de regeling van de spanning en van het reactief vermogen. Die modaliteiten moeten in één of meerdere contracten voor ondersteunende diensten worden gepreciseerd. Uit voormelde bepaling blijkt niet dat de door de Koning gegeven machtiging beperkt zou zijn tot loutere bijkomstigheden.

Voor het overige volstaat een verwijzing naar de beoordeling van het tweede middel en van het eerste middelonderdeel van het voorliggende middel.

79. Het tweede middelonderdeel is ongegrond.

Derde onderdeel

80. Artikel 12^{ter}, derde lid, van de Elektriciteitswet luidt:

“Krachtens haar transparantie- en motiveringsplicht publiceert de commissie op haar website de handelingen met individuele of collectieve draagwijdte die werden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten krachtens de artikelen 12 tot 12^{quinqies}, alsook iedere gerelateerde voorbereidende handeling, expertiseverslag, commentaar van de geraadpleegde partijen. Bij het verzekeren van deze openbaarheid vrijwaart zij de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter. De commissie stelt hiertoe, na overleg met de betrokken elektriciteitsbedrijven, richtsnoeren op die de informatie aangeven die binnen het toepassingsgebied van de vertrouwelijkheid valt”.

De bekendmakingsverplichting op grond van voormelde bepaling heeft betrekking op handelingen “die werden aangenomen” in uitvoering van de opdrachten van de CREG krachtens de artikelen 12 tot 12^{quinqies} van de Elektriciteitswet.

Het middelonderdeel dat uitgaat van een verplichting tot “voorafgaandelijke” bekendmaking, faalt naar recht.

81. Het derde middelonderdeel is ongegrond.

Conclusie

82. Het vijfde middel is ongegrond.

VI. Verzoek tot anonimisering

83. In haar memorie van wederantwoord vraagt de verzoekende partij om bij de publicatie van het arrest de door haar aangeboden prijzen te anonimiseren.

84. Dit verzoek is zonder voorwerp aangezien in het arrest de bedoelde prijzen, die aangemerkt kunnen worden als vertrouwelijke bedrijfsgegevens, niet worden vermeld.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken op dertig juni tweeduizend twintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys