



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid)

16 maart 2022*

„Energie – Verordening (EU) 2017/459 – Door de Commissie vastgestelde netcode die een ‚incrementele-capaciteitsproces‘ bevat – Besluit van ACER houdende goedkeuring van de uitvoering van een incrementele-capaciteitsproject – Exceptie van onwettigheid – Onbevoegdheid van de Commissie – Artikel 6, lid 11, artikel 7, lid 3, en artikel 8, lid 6, van verordening (EG) nr. 715/2009”

In de gevoegde zaken T-684/19 en T-704/19,

Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH), gevestigd te Boedapest (Hongarije), vertegenwoordigd door G. Stanka, J. Burai-Kovács, G. Szikla en Á. Kulcsár, advocaten,

verzoeker in zaak T-684/19,

FGSZ Földgázaszállító Zrt., gevestigd te Siófok (Hongarije), vertegenwoordigd door M. Horányi, N. Niejahr en S. Zakka, advocaten,

verzoeker in zaak T-704/19,

tegen

Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER), in zaak T-684/19 vertegenwoordigd door P. Martinet, D. Lelovitis en N. Keyaerts als gemachtigden, bijgestaan door E. Ameye, M. de Sousa Ferro en C. Nagy, advocaten, en in zaak T-704/19 vertegenwoordigd door P. Martinet, D. Lelovitis en N. Keyaerts als gemachtigden, bijgestaan door E. Ameye en M. de Sousa Ferro, advocaten,

verweerder,

ondersteund door

Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control), vertegenwoordigd door S. Polster, advocaat,

en door

Europese Commissie, vertegenwoordigd door O. Beynet en A. Sipos als gemachtigden,

* Procestalen: Engels en Hongaars.

intervenienten,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot nietigverklaring van besluit nr. 05/2019 van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) van 9 april 2019, en beslissing nr. A-004-2019 van de raad van beroep van ACER van 6 augustus 2019,

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: V. Tomljenović, president, V. Kreuschitz, F. Schalin, P. Škvařilová-Pelzl en I. Nõmm (rapporteur), rechters,

griffier: A. Juhász-Tóth, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 oktober 2021,

het navolgende

Arrest

I. Voorgeschiedenis van de gedingen

- 1 In 2015 is verzoeker in zaak T-704/19, de Hongaarse gastransmissiesysteembeheerder FGSZ Földgázzsállító Zrt. (hierna: „FGSZ”), samen met zijn Bulgaarse, Roemeense en Oostenrijkse tegenhangers een project voor regionale samenwerking gestart met het doel de energie-onafhankelijkheid te vergroten door gebruik te gaan maken van gas uit de Zwarte Zee. Dit project, „Rohuat/BRUA” genaamd, voorzag in de verhoging van incrementele capaciteit op twee interconnectiepunten, het ene tussen Roemenië en Hongarije en het andere tussen Hongarije en Oostenrijk.
- 2 Op 26 mei 2017 is het project opgesplitst in twee afzonderlijke projecten, waaronder het project met betrekking tot het interconnectiepunt van Hongarije naar Oostenrijk (hierna: „HUAT-project”). Uit dien hoofde hebben FGSZ en de Oostenrijkse gastransmissiesysteembeheerder, Gas Connect Austria GmbH (hierna: „GCA”), voor het HUAT-project gevraagd om een beoordeling van de marktvrage overeenkomstig artikel 26 van verordening (EU) 2017/459 van de Commissie van 16 maart 2017 tot vaststelling van een netcode betreffende capaciteitstoeiwijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen en tot intrekking van verordening (EU) nr. 984/2013 (PB 2017, L 72, blz. 1).
- 3 Op 27 juli 2017 hebben FGSZ en GCA een gezamenlijk beoordelingsverslag gepubliceerd waarin zij concludeerden dat er bij de netgebruikers sprake was van een niet-bindend belang bij een incrementele capaciteit, waardoor een incrementele-capaciteitsproject in de zin van artikel 3, punt 9, van verordening 2017/459 kon worden gestart. Uit het verslag bleek evenwel een asymmetrisch resultaat: bij GCA aan Oostenrijkse zijde werden bijna tweemaal zoveel verzoeken ingediend als bij FGSZ aan Hongaarse zijde.

- 4 Tussen 19 oktober en 19 november 2017 hebben FGSZ en GCA overeenkomstig artikel 27, lid 3, van verordening 2017/459 een gezamenlijke openbare raadpleging met betrekking tot het ontwerp van het projectvoorstel uitgevoerd.
- 5 Op 6 april 2018 heeft FGSZ verzoeker in zaak T-684/19, de Hongaarse regulerende instantie voor energie en nutsvoorzieningen Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH), overeenkomstig artikel 28, lid 1, van verordening 2017/459 formeel het voorstel voor het HUAT-project voor incrementele capaciteit voorgelegd. FGSZ benadrukte geen voorstander van de uitvoering van dit project te zijn en stelde daarom niet voor om met de veiling van incrementele capaciteit overeenkomstig artikel 29 van dezelfde verordening te beginnen.
- 6 Op 9 april 2018 heeft GCA het voorstel voor het HUAT-project voorgelegd aan de Oostenrijkse regulerende instantie voor elektriciteit en aardgas Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control), interveniënte aan de zijde van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER).
- 7 Op 27 april 2018 heeft E-Control een besluit tot goedkeuring van het voorstel voor het HUAT-project vastgesteld.
- 8 Op 5 oktober 2018 heeft MEKH een besluit tot afwijzing van het voorstel voor het HUAT-project vastgesteld.
- 9 Op 10 oktober 2018 heeft ACER aan MEKH en E-Control laten weten dat het had vastgesteld dat de laatstgenoemde nationale regulerende instantie zes maanden na ontvangst van het voorstel voor het HUAT-project nog geen enkel gecoördineerd besluit had genomen, zodat ACER krachtens artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (PB 2009, L 211, blz. 1) bevoegd was om een besluit over dat voorstel vast te stellen.
- 10 Op 9 april 2019 heeft ACER besluit nr. 05/2019 tot goedkeuring van het voorstel voor het HUAT-project (hierna: „oorspronkelijk besluit”) vastgesteld.
- 11 Op 6 en 7 juni 2019 hebben MEKH en FGSZ overeenkomstig artikel 19 van verordening nr. 713/2009 ieder bij de raad van beroep van ACER beroep tegen het oorspronkelijke besluit ingesteld.
- 12 Bij beslissing van 6 augustus 2019 heeft de raad van beroep van ACER de tegen het oorspronkelijke besluit ingestelde beroepen verworpen (hierna: „beslissing van de raad van beroep”).

II. Procedure en conclusies van partijen

- 13 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op respectievelijk 7 en 15 oktober 2019, hebben MEKH en FGSZ de onderhavige beroepen ingesteld.
- 14 Op 21 en 22 januari 2020 heeft de Europese Commissie verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van ACER in de zaken T-684/19 en T-704/19.

- 15 Op 23 januari 2020 heeft E-Control verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van ACER in de zaken T-684/19 en T-704/19.
- 16 Bij beschikkingen van 2 maart en 5 juni 2020 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht de Commissie toegelaten tot interventie.
- 17 Bij beschikkingen van 28 april en 4 juni 2020 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht E-Control toegelaten tot interventie.
- 18 Op 22 december 2020 is de zaak overeenkomstig artikel 27, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht toegewezen aan een nieuwe rechter-rapporteur, die zitting heeft in de Tweede kamer.
- 19 Bij beschikking van 27 juli 2021 van de president van de Tweede kamer van het Gerecht zijn de zaken T-684/19 en T-704/19 gevoegd voor de mondelinge behandeling en het eindarrest. In diezelfde beschikking is het door ACER geformuleerde verzoek om vertrouwelijke behandeling ten aanzien van FGSZ, dat betrekking had op de bijlage bij het verweerschrift in zaak T-684/19 bestaande in de beslissing van de raad van beroep, afgewezen, aangezien FGSZ als adressaat van deze beslissing daar noodzakelijkerwijs van op de hoogte was.
- 20 Op voorstel van de Tweede kamer van het Gerecht heeft dit overeenkomstig artikel 28 van het Reglement voor de procesvoering beslist de zaak naar een uitgebreide rechtsprekende formatie te verwijzen.
- 21 Op voorstel van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer – uitgebreid) beslist tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het partijen schriftelijke vragen gesteld in het kader van de in artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering bedoelde maatregelen tot organisatie van de procesgang.
- 22 Omdat een lid van de Tweede kamer (uitgebreid) was verhinderd, heeft de president van het Gerecht ter aanvulling van de rechtsprekende formatie een andere rechter aangewezen.
- 23 MEKH verzoekt het Gerecht:
 - het „oorspronkelijke, door de raad van beroep van ACER goedgekeurde besluit”, nietig te verklaren;
 - ACER in de kosten te verwijzen.
- 24 FGSZ verzoekt het Gerecht:
 - het oorspronkelijke besluit nietig te verklaren en de beslissing van de raad van beroep te vernietigen;
 - subsidiair, artikel 1, leden 1 en 2, en artikel 2, lid 4, van het oorspronkelijke besluit, zoals bevestigd door de beslissing van de raad van beroep, nietig te verklaren;
 - meer subsidiair, de beslissing van de raad van beroep te vernietigen;
 - ACER in de kosten te verwijzen.

25 ACER verzoekt het Gerecht:

- in zaak T-684/19,
 - het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel en het tweede onderdeel van het tweede middel niet-ontvankelijk te verklaren;
 - alle middelen tezamen dan wel subsidiair ongegrond te verklaren en bijgevolg het beroep in zijn geheel te verwerpen;
 - MEKH in de kosten te verwijzen.
- in zaak T-704/19,
 - alle middelen ongegrond te verklaren en bijgevolg het beroep in zijn geheel te verwerpen;
 - FGSZ in de kosten te verwijzen.

26 De Commissie en E-Control verzoeken het Gerecht:

- de beroepen te verwerpen;
- verzoekers in de kosten te verwijzen.

27 Ter terechtzitting van 6 november 2020 zijn partijen in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord. Bovendien heeft FGSZ afstand gedaan van haar beroep voor zover het was gericht tegen het oorspronkelijke besluit, waarvan in het proces-verbaal van de terechtzitting akte is genomen.

III. In rechte

28 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat, anders dan FGSZ, die ter terechtzitting afstand heeft gedaan van zijn beroep tegen het oorspronkelijke besluit, MEKH in zijn beroep zowel het oorspronkelijke besluit als de beslissing van de raad van beroep betwist. Derhalve moet de ontvankelijkheid van dit laatste beroep worden onderzocht voor zover het tegen het oorspronkelijke besluit is gericht.

A. Ontvankelijkheid van het beroep in zaak T-684/19 voor zover het tegen het oorspronkelijke besluit is gericht

29 Volgens vaste rechtspraak zijn de in artikel 263 VWEU gestelde voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep niet-ontvankelijkheidsgronden van openbare orde, zodat het Gerecht deze ambtshalve dient te onderzoeken (zie in die zin arrest van 16 mei 2019, Pebagua/Commissie, C-204/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:425, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 30 In het kader van de in punt 21 hierboven in herinnering gebrachte maatregelen tot organisatie van de procesgang hebben partijen hun standpunt over de ontvankelijkheid van de beroepen uiteengezet voor zover deze tegen het oorspronkelijke besluit zijn gericht, gelet op ten eerste overweging 34, artikel 28, lid 1, en artikel 29 van verordening (EU) 2019/942 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 tot oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (herschikking) (PB 2019, L 158, blz. 22), die in de plaats is gekomen van verordening nr. 713/2009, en ten tweede artikel 263, vijfde alinea, VWEU.
- 31 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat artikel 263, vijfde alinea, VWEU met betrekking tot door niet-geprivilegieerde verzoekers ingestelde beroepen nader bepaalt dat „[d]e handelingen tot oprichting van organen en instanties van de Unie kunnen voorzien in bijzondere voorwaarden en bepalingen inzake de beroepen welke door natuurlijke of rechtspersonen worden ingesteld tegen handelingen van deze organen of instanties waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van hen worden beoogd”.
- 32 In het kader van de onderhavige gedingen vloeien de in artikel 263, vijfde alinea, VWEU bedoelde bijzondere voorwaarden en bepalingen inzake de beroepen voort uit verordening 2019/942.
- 33 Het is namelijk vaste rechtspraak dat procedureregels in het algemeen geacht worden te gelden vanaf de dag waarop zij in werking treden, in tegenstelling tot materiële regels, die doorgaans aldus worden uitgelegd dat zij op situaties die vóór hun inwerkingtreding zijn verworven slechts van toepassing zijn voor zover uit de bewoordingen, de doelstelling of de opzet ervan blijkt dat er dergelijke gevolgen aan dienen te worden toegekend (zie arrest van 26 maart 2015, Commissie/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 Hieruit volgt dat in casu voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep in zaak T-684/19 – voor zover het tegen het aanvankelijke besluit is gericht – de procedureregels van verordening 2019/942 van toepassing zijn. Opgemerkt zij namelijk dat, tussen de vaststelling van het oorspronkelijke besluit (op 9 april 2019) en de beslissing van de raad van beroep (op 6 augustus 2019), verordening nr. 713/2009 is vervangen door verordening 2019/942, die op 4 juli 2019 in werking is getreden.
- 35 In de tweede plaats volgt uit overweging 34 en de artikelen 28 en 29 van verordening 2019/942 dat natuurlijke en rechtspersonen die het niet eens zijn met een besluit van ACER dat tot hen is gericht of dat hen individueel en rechtstreeks raakt, zich tot de raad van beroep moeten wenden wanneer zij die mogelijkheid hebben. Wanneer een dergelijke mogelijkheid bestaat, kunnen zij bij het Gerecht alleen beroep instellen tegen de beslissing van genoemde raad.
- 36 Ten eerste staat in overweging 34 van verordening 2019/942 namelijk het volgende te lezen:
- „In gevallen waarin ACER beslissingsbevoegdheden heeft, moeten de betrokken partijen om redenen van proceseconomie het recht krijgen om in beroep te gaan bij een raad van beroep, die deel moet uitmaken van ACER, maar wel onafhankelijk moet zijn van zijn bestuurlijke en reguleringsstructuur. Om het functioneren en de volledige onafhankelijkheid van de raad van beroep te garanderen, moet deze raad in de begroting van ACER een afzonderlijke begrotingslijn hebben. Met het oog op de continuïteit moet de raad van beroep bij de benoeming of verlenging van de ambtstermijn van zijn leden, gedeeltelijk kunnen worden vervangen. Tegen de beslissingen van de raad van beroep kan beroep worden aangetekend bij het Hof van Justitie van de Europese Unie [...].”

- 37 Ten tweede bepaalt artikel 29 van verordening 2019/942, met als opschrift „Beroep bij het Hof van Justitie”, dat „[e]en beroep tot nietigverklaring van een besluit dat ACER uit hoofde van deze verordening heeft genomen of een beroep wegens nalaten te handelen binnen de gestelde termijnen [...] pas bij het Hof van Justitie van de Europese Unie [kan] worden ingeleid nadat de in artikel 28 bedoelde beroepsprocedure is uitgeput”.
- 38 Ten derde bepaalt artikel 28, lid 1, van verordening 2019/942, met als opschrift „Besluiten waartegen beroep kan worden ingesteld”, in dat opzicht dat „[e]lke natuurlijke of rechtspersoon, met inbegrip van de regulerende instanties, [...] beroep [kan] instellen tegen een tot hem gericht besluit als bedoeld in artikel 2, onder d), of tegen een besluit dat, ofschoon in de vorm van een besluit gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raakt”. Overeenkomstig lid 2 van dit artikel neemt „[d]e raad van beroep [...] binnen vier maanden na instelling van het beroep een besluit ter zake”.
- 39 Voor zover tegen het oorspronkelijke besluit beroep openstond bij de raad van beroep, volgt uit de gezamenlijke lezing van overweging 34 en de artikelen 28 en 29 van verordening 2019/942 dus dat alleen de beslissing van de raad van beroep voor het Gerecht kon worden aangevochten.
- 40 In de derde plaats zou, gesteld dat verordening nr. 713/2009 *ratione temporis* van toepassing zou zijn, dezelfde conclusie zijn opgegaan, aangezien artikel 20 van deze verordening bepaalde dat „[o]vereenkomstig artikel [263 VWEU] bij het Gerecht [...] beroep [kon] worden ingesteld tegen besluiten van de raad van beroep of, bij ontbreken van recht op beroep bij de raad van beroep, tegen besluiten van het agentschap” (zie in die zin arrest van 24 oktober 2019, *Austrian Power Grid en Vorarlberger Übertragungsnetz/ACER*, T-333/17, niet gepubliceerd, EU:T:2019:760, punten 31 en 32).
- 41 Gelet op al het voorgaande is het verzoek tot nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit van MEKH niet ontvankelijk.
- 42 Hieruit volgt dat het beroep in zaak T-684/19 niet-ontvankelijk moet worden verklaard voor zover het is gericht tegen het oorspronkelijke besluit.

B. Gegrondheid van de beroepen

- 43 Ter ondersteuning van hun respectieve beroepen voeren MEKH en FGSZ in essentie veertien middelen aan. Volgens het Gerecht volstaat het om het eerste middel in zaak T-684/19 te onderzoeken, waarmee MEKH een exceptie van onwettigheid van hoofdstuk V van verordening 2017/459 opwerpt.
- 44 MEKH voert aan dat hoofdstuk V van verordening 2017/459 onwettig is omdat dit hoofdstuk de bevoegdheid overschrijdt die aan de Commissie is verleend bij verordening (EG) nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1775/2005 (PB 2009, L 211, blz. 36), zodat het ingevolge artikel 277 VWEU niet-toepasselijk op het onderhavige geding moet worden verklaard.
- 45 ACER, ondersteund door de Commissie, betoogt dat de exceptie van onwettigheid niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond is.

1. Ontvankelijkheid van de exceptie van onwettigheid

- 46 Ten eerste betoogt ACER dat de exceptie van onwettigheid niet-ontvankelijk is, aangezien krachtens artikel 29 van verordening 2019/942 alleen de voor zijn raad van beroep aangevoerde middelen voor het Gerecht kunnen worden aangevoerd.
- 47 Het is juist dat MEKH de onwettigheid van hoofdstuk V van verordening 2017/459 niet voor de raad van beroep van ACER heeft aangevoerd.
- 48 Daarenboven merkt ACER in wezen en terecht op dat de in artikel 29 van verordening 2019/942 neergelegde verplichting om de procedure voor zijn raad van beroep uit te putten alvorens beroep in te stellen bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, in beginsel impliceert dat middelen die niet voor deze raad van beroep zijn aangevoerd, niet voor het eerst voor het Gerecht kunnen worden aangevoerd in het kader van een beroep tot nietigverklaring. Aangezien dat beroep uitsluitend betrekking heeft op de beslissing van deze raad van beroep, moet dit namelijk gebeuren met inachtneming van het feitelijke en het juridische kader van de geschillen zoals die voor een dergelijke raad van beroep zijn gebracht.
- 49 Een dergelijke benadering kan echter niet worden gehanteerd met betrekking tot een exceptie van onwettigheid die voor het eerst voor het Gerecht is opgeworpen, aangezien een soortgelijk argument hoe dan ook niet had kunnen slagen wanneer het was aangevoerd voor de raad van beroep van ACER.
- 50 Uit het in het VWEU neergelegde stelsel van wetgeving en rechtspraak volgt immers dat volgens artikel 277 VWEU alleen de rechter van de Europese Unie bevoegd is om de onwettigheid van een handeling van algemene strekking vast te stellen en om uit de daaruit resulterende niet-toepasselijkheid gevolgen te trekken voor het individuele besluit dat voor hem wordt bestreden, aangezien de instelling, het agentschap of het orgaan van de Unie waartoe de interne rechtsmiddelen behoren, een dergelijke bevoegdheid niet heeft op grond van de Verdragen (zie in die zin arrest van 27 oktober 2016, ECB/Cerafogli, T-787/14 P, EU:T:2016:633, punt 49).
- 51 Aangezien de raad van beroep van ACER niet bevoegd was om de geldigheid van hoofdstuk V van verordening 2017/459 te beoordelen, maar dit juist moest toepassen zolang de Unierechter de eventuele onwettigheid ervan niet had vastgesteld, kan MEKH dus niet worden verweten dat hij de onwettigheid van dat hoofdstuk niet voor de raad van beroep heeft opgeworpen.
- 52 Ten tweede benadrukt ACER in dupliek dat de „in artikel 263 [VWEU] gestelde termijn om de geldigheid van verordening [2017/459] te betwisten, op het tijdstip van het beroep was verstreken”.
- 53 In dit verband blijkt uit de bewoordingen van artikel 277 VWEU zelf dat de mogelijkheid om zich in een geding tegen een handeling van algemene strekking op de onwettigheid van die handeling te beroepen „ook na het verstrijken van de in artikel 263, zesde alinea, VWEU bedoelde termijn” bestaat.
- 54 Voor zover ACER zich met dit betoog beroept op de rechtspraak volgens welke de exceptie van onwettigheid van artikel 277 VWEU niet kan worden ingeroepen door een natuurlijke of rechtspersoon die heeft nagelaten binnen de daartoe gestelde termijnen beroep in te stellen tegen de gelaakte handeling, moet bovendien worden benadrukt dat deze rechtspraak slechts van toepassing is wanneer een dergelijk beroep zonder enige twijfel ontvankelijk zou zijn geweest (zie

in die zin arrest van 22 april 2004, Schintgen/Commissie, T-343/02, EU:T:2004:111, punt 26; zie in die zin en naar analogie ook arresten van 27 november 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, punten 41 en 42, en 25 juli 2018, Georgsmarienhütte e.a., C-135/16, EU:C:2018:582, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 55 In casu zou de ontvankelijkheid van een tegen verordening 2017/459 gericht beroep tot nietigverklaring van MEKH niet als vanzelfsprekend zijn beschouwd. Integendeel, aangezien het gaat om een handeling van algemene strekking die uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, en MEKH niet verwant is aan een geprivilegieerde verzoeker in de zin van de tweede alinea van dat artikel, zou de ontvankelijkheid van een dergelijk beroep op zijn minst twijfelachtig zijn geweest.
- 56 Ten derde betoogt ACER in essentie dat de exceptie van onwettigheid niet-ontvankelijk moet worden verklaard, aangezien verordening 2017/459 niet de rechtsgrondslag vormt voor de beslissing van de raad van beroep, die is genomen op grond van de bij verordening nr. 713/2009 aan ACER gedelegeerde bevoegdheden.
- 57 Een dergelijk betoog kan evenmin worden aanvaard.
- 58 Uit de rechtspraak volgt immers dat ofschoon een exceptie van onwettigheid krachtens artikel 277 VWEU slechts kan worden opgeworpen tegen een handeling van algemene strekking die, al dan niet rechtstreeks, van toepassing is op de in het beroep aan de orde zijnde zaak, het Hof heeft erkend dat aan deze voorwaarde niet alleen was voldaan met betrekking tot de bepalingen van een handeling van algemene strekking die ten grondslag liggen aan de bestreden individuele besluiten, maar ook ten aanzien van de bepalingen die rechtstreeks juridisch verband houden met dergelijke besluiten (zie in die zin arrest van 8 september 2020, Commissie en Raad/Carreras Sequeros e.a., C-119/19 P en C-126/19 P, EU:C:2020:676, punten 67-70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 59 Met zijn eerste middel voert MEKH aan dat hoofdstuk V van verordening 2017/459 onwettig is, omdat dit hoofdstuk de bij verordening nr. 715/2009 aan de Commissie verleende bevoegdheid overschrijdt. Aangezien verordening 2017/459 ten grondslag ligt aan regels die de raad van beroep van ACER in zijn beslissing heeft toegepast, bestaat er noodzakelijkerwijs een rechtstreeks juridisch verband in de zin van de in punt 58 hierboven aangehaalde rechtspraak.
- 60 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de exceptie van onwettigheid ontvankelijk is.

2. Gegrondheid van de exceptie van onwettigheid

- 61 MEKH voert aan dat hoofdstuk V van verordening 2017/459 onwettig is omdat verordening nr. 715/2009 de Commissie niet toestaat om een netcode vast te stellen die voorziet in een proces om incrementele capaciteit te creëren dat zo ver strekt dat de beheerder wordt verplicht de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor de creatie van die incrementele capaciteit.
- 62 Het onderhavige middel bestaat in essentie uit twee onderdelen. Ten eerste betoogt MEKH dat hoofdstuk V van verordening 2017/459 onverenigbaar is met de rechtsgrondslag van verordening nr. 715/2009, te weten artikel 114 VWEU. Ten tweede is hij van mening dat dit hoofdstuk niet valt onder de bij laatstgenoemde verordening aan de Commissie toegekende bevoegdheid om netcodes vast te stellen.

- 63 ACER, ondersteund door de Commissie, is van mening dat de twee onderdelen van dit middel ongegrond zijn. Om te beginnen stelt het dat de exceptie van onwettigheid om drie redenen niet ter zake dienend is.
- 64 De eerste door ACER aangevoerde grond is dat de veronderstelling waarop de exceptie van onwettigheid berust onjuist is, aangezien hoofdstuk V van verordening 2017/459 de transmissiesysteembeheerders niet verplicht om investeringsbeslissingen te nemen met het oog op het creëren van incrementele capaciteit op het net.
- 65 Deze argumentatie kan niet slagen.
- 66 Hoofdstuk V van verordening 2017/459 stelt namelijk een procedure vast die in wezen uit zeven stappen bestaat en in voorkomend geval uitmondt in de verplichting voor transmissiesysteembeheerders om de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor het creëren van incrementele capaciteit op het net.
- 67 Ten eerste moeten de betrokken transmissiesysteembeheerders krachtens artikel 26 van verordening 2017/459 de marktvraag naar incrementele capaciteit aan elke zijde van een interconnectiepunt beoordelen.
- 68 Ten tweede bepaalt artikel 27 van verordening 2017/459 dat indien uit de voorgaande fase blijkt dat er een marktvraag naar incrementele-capaciteitsprojecten kan bestaan, de betrokken transmissiesysteembeheerders een ontwerpfase voor een project beginnen.
- 69 Ten derde moeten de betrokken transmissiesysteembeheerders overeenkomstig artikel 28, lid 1, van verordening 2017/459 het incrementele-capaciteitsproject ter goedkeuring voorleggen aan hun nationale regulerende instantie.
- 70 Ten vierde moeten de bevoegde nationale regulerende instanties volgens artikel 28, lid 2, van verordening 2017/459 het project goedkeuren of tot overeenstemming komen.
- 71 Ten vijfde wordt in artikel 29 van verordening 2017/459 bepaald dat zodra het incrementele-capaciteitsproject door de nationale regulerende instanties is goedgekeurd, deze incrementele capaciteit wordt geveild met het oog op het verkrijgen van bindende verbintenissen van netgebruikers om capaciteit voor verschillende aanbodniveaus in te kopen.
- 72 Ten zesde volgt uit de artikelen 22 tot en met 25 van verordening 2017/459 dat ofwel de nationale regulerende instantie, ofwel de transmissiesysteembeheerder een economische test uitvoert op basis van de ontvangen bindende verbintenissen.
- 73 Ten zevende en ten slotte bepaalt artikel 22, lid 3, van verordening 2017/459 dat „het project wordt geïnitieerd” indien het resultaat van de economische test aan beide zijden van een interconnectiepunt positief is voor ten minste één aanbodniveau dat incrementele capaciteit omvat. Bij het ontbreken van een positief resultaat wordt „het specifieke incrementele-capaciteitsproces stopgezet”.
- 74 Hieruit volgt dat indien is voldaan aan de verschillende voorwaarden van hoofdstuk V van verordening 2017/459, met name het bestaan van bindende verbintenissen van de netgebruikers om incrementele capaciteit in te kopen op basis waarvan de economische levensvatbaarheid van een capaciteitstoename wordt aangetoond door de economische test, het „project wordt

geïnitieerd” volgens de bewoordingen van artikel 22, lid 3, van die verordening, hetgeen impliceert dat de transmissiesysteembeheerder incrementele capaciteit moet creëren door er de noodzakelijke investeringen aan te wijden.

- 75 Deze conclusie is overigens gevolgd door de instanties van ACER zelf. Uit de bewoordingen van het oorspronkelijke besluit (artikel 2, lid 4, van het dispositief) komt namelijk naar voren dat ACER FGSZ en GCA ertoe verplichtte om uiterlijk op 1 oktober 2024 het HUAT-project uit te voeren indien het resultaat van de economische test voor dat project positief zou blijken. Bovendien heeft de raad van beroep van ACER in punt 99 van haar beslissing zelf erkend dat de combinatie van artikel 22, lid 3, en de artikelen 28 en 29 van verordening 2017/459 tot een dergelijke verplichting kon leiden.
- 76 De tweede door ACER aangevoerde grond houdt verband met het feit dat de exceptie van onwettigheid niet ter zake dienend is, aangezien de beslissing van de raad van beroep niet is vastgesteld op grond van hoofdstuk V van verordening 2017/459, maar op basis van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 713/2009.
- 77 Er zij aan herinnerd dat ACER zich met de beslissing van de raad van beroep in de plaats van de nationale regulerende instanties heeft gesteld om de vierde fase van het incrementele-capaciteitsproces te verwezenlijken, welk proces is ingevoerd bij hoofdstuk V van verordening 2017/459 en is beschreven in de punten 66 tot en met 73 hierboven.
- 78 Bijgevolg, en om soortgelijke redenen als die welke in punt 59 hierboven zijn uiteengezet, past de beslissing van de raad van beroep – ook al wordt deze genomen op grond van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 713/2009 – de regels van hoofdstuk V van verordening 2017/459 toe, waarvan de wettigheid van die beslissing dus afhankelijk is, zodat de exceptie van onwettigheid anders dan door ACER is aangevoerd wel ter zake dienende is.
- 79 Ten slotte wijst ACER er als derde reden op dat MEKH enkel de geldigheid van hoofdstuk V van verordening 2017/459 betwist, terwijl andere bepalingen van die verordening verwijzen naar de totstandbrenging van incrementele capaciteit op het net.
- 80 In dit verband volstaat het erop te wijzen dat de omstandigheid dat andere bepalingen van verordening 2017/459 naar het creëren van incrementele capaciteit verwijzen en de onderhavige exceptie van onwettigheid niet uitdrukkelijk betrekking heeft op deze bepalingen, irrelevant is, aangezien het enkel van belang is of hoofdstuk V van die verordening – dat in de beslissing van de raad van beroep is toegepast – onwettig is, hetgeen zou betekenen dat het op grond van artikel 277 VWEU niet van toepassing is op het onderhavige geding.
- 81 Aangezien deze voorafgaande bezwaren van ACER zijn afgewezen, moet worden onderzocht of de twee onderdelen van het onderhavige middel gegrond zijn.

a) Gegrondheid van het eerste onderdeel: onverenigbaarheid van verordening 2017/459 met de rechtsgrondslag van verordening nr. 715/2009

- 82 MEKH betoogt in essentie dat de Commissie in hoofdstuk V van verordening 2017/459 niet de mogelijkheid kon opnemen om individuele besluiten tot de transmissiesysteembeheerders te richten waarbij zij verplicht werden investeringen te doen, zonder inbreuk te maken op de rechtsgrondslag van verordening nr. 715/2009, te weten artikel 114 VWEU. Volgens dat laatste

artikel worden harmonisatiemaatregelen vastgesteld, waar de invoering van een rechtsregeling die impliceert dat individuele besluiten ten aanzien van particuliere marktdeelnemers worden vastgesteld, niet onder kan vallen.

- 83 Krachtens artikel 114, lid 1, tweede volzin, VWEU stellen „[h]et Europees Parlement en de Raad [...] volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen”.
- 84 Artikel 1 van verordening nr. 715/2009 bepaalt dat deze verordening met name tot doel heeft „niet-discriminerende regels vast te stellen betreffende de toegangsvoorwaarden voor aardgastransmissiesystemen, waarbij rekening wordt gehouden met de specificiteit van nationale en regionale markten, teneinde een goede werking van de interne markt voor gas te waarborgen”, „het ontstaan van een goed functionerende en transparante groothandelsmarkt met een hoge zekerheid op het vlak van aardgasvoorziening te bevorderen” en „te voorzien in mechanismen om de regels inzake netwerktoegang voor grensoverschrijdende uitwisseling van gas te harmoniseren”.
- 85 Ten eerste zij eraan herinnerd dat de auteurs van het Verdrag met de uitdrukking „maatregelen inzake de onderlinge aanpassing” de wetgever van de Unie naargelang van de algemene context en de specifieke omstandigheden van de te harmoniseren materie een beoordelingsmarge hebben willen toekennen ten aanzien van de meest geschikte harmonisatietechniek om het gewenste resultaat te bereiken, met name op gebieden die worden gekenmerkt door ingewikkelde technische bijzonderheden (arrest van 22 januari 2014, Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad, C-270/12, EU:C:2014:18, punt 102).
- 86 Ten tweede volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de onderlinge aanpassing van enkel de algemene regels op bepaalde gebieden onvoldoende kan zijn om de eenheid van de markt te verzekeren, en voorts dat uit de bewoordingen van artikel 114 VWEU niet kan worden afgeleid dat de door de Uniewetgever op basis van deze bepaling vastgestelde maatregelen enkel tot de lidstaten kunnen worden gericht (arrest van 22 januari 2014, Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad, C-270/12, EU:C:2014:18, punten 106 en 107).
- 87 Ten derde moet bijgevolg worden geoordeeld dat artikel 114 VWEU er niet aan in de weg staat dat de Commissie op grond van verordening nr. 715/2009 een regeling opstelt die in voorkomend geval voor een of meer transmissiesysteembeheerders de verplichting inhoudt om de noodzakelijke investeringen te doen om incrementele capaciteit op het net te verkrijgen, voor zover die verplichting niet kennelijk ongeschikt is om de harmonisatiedoelstellingen te bereiken.
- 88 Ten vierde moet worden vastgesteld dat, gelet op het belang dat het bestaan van voldoende capaciteit op de netten kan hebben om de goede werking van de interne gasmarkt en de energievoorzieningszekerheid te waarborgen, het proces van capaciteitsverhoging in hoofdstuk V van verordening 2017/459, dat is uiteengezet in de punten 66 tot en met 73 hierboven, zonder problemen kan worden gekoppeld aan de in artikel 1 van verordening nr. 715/2009 uiteengezette doelstellingen.
- 89 Het eerste onderdeel moet derhalve worden afgewezen.

b) Gegrondheid van het tweede onderdeel: hoofdstuk V van verordening 2017/459 overschrijdt de bij verordening nr. 715/2009 aan de Commissie toegekende bevoegdheid

- 90 MEKH betoogt in essentie dat hoofdstuk V van verordening 2017/459 de grenzen overschrijdt van de bij artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 aan de Commissie toegekende bevoegdheid om netcodes vast te stellen.
- 91 ACER, ondersteund door de Commissie, is van mening dat de bepalingen van verordening 2017/459 betreffende incrementele capaciteit in overeenstemming zijn met verordening nr. 715/2009. Het agentschap benadrukt dat de vaststelling van regels inzake incrementele capaciteit per definitie een supranationale kwestie is, dat deze regels onontbeerlijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van laatstgenoemde verordening en dat zij vallen onder de aan de Commissie verleende bevoegdheid, die haar in staat stelt om de niet-essentiële onderdelen van deze verordening te wijzigen in het kader van de vaststelling van netcodes die onder meer betrekking hebben op de toewijzing van capaciteit, de voorzieningszekerheid en de aansluiting op het net.
- 92 De Commissie wijst er ook op dat het voor de goede werking van de interne markt voor aardgas en de bescherming van de mededinging op deze markt van belang is dat de grote gasleidingnetten worden gereguleerd, aangezien zij natuurlijke monopolies vormen die aanleiding kunnen geven tot misbruik, zoals de beperking van strategische investeringen in de ontwikkeling en uitbreiding van het net. Zij voegt daaraan toe dat de noodzaak om een adequate interconnectie tussen de nationale energiesystemen te waarborgen in het belang van de totstandbrenging van de interne energiemarkt voortvloeit uit de artikelen 170, 172 en 194 VWEU.
- 93 Bovendien benadrukt de Commissie in wezen dat er, ondanks de structurele ontvlechting tussen de productie en de handel in gas enerzijds en het vervoer ervan anderzijds, economische stimulansen kunnen bestaan om niet de noodzakelijke infrastructuurinvesteringen te doen, de netbezettingsgraad te handhaven en congestietarieven toe te passen. Dit is de reden waarom zowel verordening nr. 715/2009 als richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG (PB 2009, L 211, blz. 94) verplichtingen opleggen aan transmissiesysteembeheerders om grensoverschrijdende transmissiecapaciteit te leveren en aan nationale regulerende instanties om op de naleving daarvan toe te zien.
- 94 De Commissie voert tevens aan dat uit de bewoordingen van artikel 16, leden 2 en 5, van verordening nr. 715/2009 voortvloeit dat het begrip „grensoverschrijdende toewijzing” noodzakelijkerwijs de mogelijkheid inhoudt om de bestaande capaciteit te verhogen in het belang van de totstandbrenging van een operationele interne energiemarkt en de bescherming van de mededinging op die markt. Voorts herinnert zij er in wezen aan dat de verplichting voor transmissiesysteembeheerders om een investeringsbeslissing te nemen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, noodzakelijk is om de in artikel 42, lid 2, onder a), van richtlijn 2009/73 genoemde doelstelling van gecoördineerde toewijzing van grensoverschrijdende capaciteit te bereiken.
- 95 In de eerste plaats herinnert het Gerecht eraan dat verordening 2017/459 artikel 6, lid 11, en artikel 7, lid 3, van verordening nr. 715/2009 als rechtsgrondslag heeft en „een netcode betreffende capaciteitstoewijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen” vaststelt, en daarbij tevens verordening (EU) nr. 984/2013 van de Commissie van 14 oktober 2013 tot vaststelling van een netcode met betrekking tot capaciteitstoewijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen en

tot aanvulling van verordening nr. 715/2009 (PB 2013, L 273, blz. 5), die ten grondslag ligt aan de vorige netcode, intrekt. Hoofdstuk V van verordening 2017/459 betreft het „incrementele-capaciteitsproces”. Zoals in de punten 67 tot en met 74 hierboven is uiteengezet, kan dit proces voor de gastransmissiesysteembeheerder resulteren in de verplichting om incrementele capaciteit op dat net te creëren indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

- 96 In de tweede plaats vloeit de aan de Commissie verleende bevoegdheid om netcodes vast te stellen voort uit artikel 6, lid 11, artikel 7, lid 3, en artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009. Uit deze bepalingen, in hun onderlinge samenhang gelezen, volgt namelijk dat de Commissie gerechtigd is om op bepaalde limitatief opgesomde terreinen netcodes uit te werken in plaats van het Europees netwerk van transmissiesysteembeheerders voor gas (hierna: „ENTSB”), dat overeenkomstig artikel 4 van die verordening de samenwerkingsstructuur op het niveau van de Unie voor alle transmissiesysteembeheerders voor gas vormt.
- 97 Ten eerste regelt artikel 6 van verordening nr. 715/2009 de procedure voor de vaststelling van netcodes. Ofschoon de netcodes volgens deze procedure worden ontwikkeld door het ENTSB in samenwerking met ACER en de Commissie, bepaalt lid 11, eerste alinea, ervan dat „[d]e Commissie [...] op eigen [initiatief,] indien het ENTSB voor gas geen netcode heeft ontwikkeld [...], een of meer netcodes [kan] goedkeuren op de in artikel 8, lid 6, genoemde terreinen”. De omvang van de aan de Commissie gedelegeerde bevoegdheid om netcodes vast te stellen is dus beperkt tot de terreinen waarop het ENTSB die codes had kunnen vaststellen, namelijk die welke in artikel 8, lid 6, van die verordening worden genoemd.
- 98 Ten tweede preciseert artikel 6, lid 11, tweede alinea, van verordening nr. 715/2009 dat de in de netcode vastgestelde maatregelen „beogen niet-essentiële onderdelen van deze verordening te wijzigen door haar aan te vullen” en „worden vastgesteld volgens de in artikel 28, lid 2, bedoelde regelgevingsprocedure met toetsing”. Die laatste bepaling verwijst naar artikel 5 bis, leden 1 tot en met 4, van besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (PB 1999, L 184, blz. 23), ook wel „comitologiebesluit” genoemd, zoals gewijzigd bij besluit 2006/512/EG van de Raad van 17 juli 2006 (PB 2006, L 200, blz. 11). Een gelijkwaardige vermelding is te vinden in artikel 7, lid 3, van verordening nr. 715/2009, dat betrekking heeft op de wijzigingen die de Commissie aan de bestaande netcodes heeft aangebracht.
- 99 Ten derde impliceert het onderhavige onderdeel bijgevolg dat in eerste instantie moet worden onderzocht of hoofdstuk V van verordening 2017/459 kan worden gekoppeld aan de in artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 bedoelde terreinen, waarnaar artikel 6, lid 11, eerste alinea, van deze laatste verordening verwijst. Indien dit niet het geval is, moet in tweede instantie worden onderzocht of dit hoofdstuk een wijziging inhoudt van een niet-essentieel onderdeel van verordening nr. 715/2009, die is toegestaan op grond van artikel 6, lid 11, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van deze verordening.

1) Omvang van de bij artikel 6, lid 11, eerste alinea, en artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 aan de Commissie verleende bevoegdheid

- 100 Om de in punt 97 hierboven uiteengezette redenen is de omvang van de bevoegdheid die bij artikel 6, lid 11, van verordening nr. 715/2009 is verleend beperkt tot de in artikel 8, lid 6, van die verordening opgesomde terreinen, die dan ook moeten worden uitgelegd.

101 Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een bepaling van het Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar eveneens met de context ervan en met de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt (zie arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, EU:C:2005:362, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

i) Letterlijke uitlegging van artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009

102 Tot de in artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 opgesomde terreinen waarvoor een netcode is vastgesteld, behoren de onder g) genoemde „voorschriften voor capaciteitstoewijzing en congestiebeheer”, waarnaar MEKH in haar schriftelijk betoog verwijst. ACER noemt daarenboven de onder a) tot en met c) genoemde terreinen, die respectievelijk betrekking hebben op de „voorschriften inzake veiligheid en betrouwbaarheid van het netwerk”, de „voorschriften voor netaansluiting” en de „voorschriften voor toegang door derden”.

103 Evenwel moet worden vastgesteld dat alleen voor het terrein dat is bedoeld in artikel 8, lid 6, onder g), van verordening nr. 715/2009 en dat betrekking heeft op de „voorschriften voor capaciteitstoewijzing en congestiebeheer”, een netcode is vastgesteld waarvan de bewoordingen eventueel betrekking kunnen hebben op de kwestie van incrementele capaciteit. De andere in dat lid bedoelde terreinen, met name die betreffende de „voorschriften inzake veiligheid en betrouwbaarheid van het netwerk”, de „voorschriften voor netaansluiting” en de „voorschriften voor toegang door derden”, waarnaar ACER verwijst, bevatten namelijk geen bewoordingen die de kwestie van het creëren van incrementele capaciteit op dat net kunnen betreffen.

104 Artikel 2 van verordening nr. 715/2009 bevat definities van de termen en uitdrukkingen die in die verordening worden gebruikt, onder meer in artikel 8, lid 6, onder g). Het begrip „capaciteit” wordt in punt 3 op algemene wijze gedefinieerd. Het wordt vervolgens opgesplitst in verschillende componenten: in punt 4 in „ongebruikte capaciteit”, in punt 16 in „vaste capaciteit”, in punt 18 in „technische capaciteit” en in punt 19 in „gecontracteerde capaciteit”. Het begrip „congestiebeheer” wordt in punt 5 gedefinieerd. In de punten 21 en 23 wordt ook ingegaan op het begrip „congestie” in het kader van de definitie van respectievelijk „contractuele” en „fysieke” congestie.

105 Uit deze definities volgt dat het begrip „capaciteit” ontegenzeggelijk ziet op huidige capaciteit op het net en dat het congestiebeheer wordt bekeken op basis van de bestaande capaciteit op dat net. Uit geen van deze definities blijkt echter uitdrukkelijk dat dit begrip aldus zou kunnen worden opgevat dat dit mede het creëren van incrementele capaciteit op dat net omvat, of dat het „congestiebeheer” aldus zou kunnen worden uitgelegd dat hierbij mogelijke congestie wordt verholpen door het creëren van incrementele capaciteit.

106 Zo wordt in de eerste plaats het begrip „capaciteit” gedefinieerd als „de maximale flow [...] waarop de netgebruiker op grond van het transportcontract recht heeft”. Aangezien alleen wordt bedoeld op de capaciteit waarop een netgebruiker „recht heeft”, impliceert een dergelijke definitie veeleer alleen de huidige capaciteit op het net en niet de eventuele toekomstige capaciteit.

107 Ten tweede moet worden opgemerkt dat verordening nr. 715/2009 weliswaar ingaat op het begrip „capaciteit” in een groot aantal mogelijke varianten, maar geen melding maakt van de „toekomstige capaciteit”. Pas in artikel 3, lid 1, van verordening 2017/459 wordt deze door de Commissie gedefinieerd als een „mogelijke toekomstige toename via marktgebaseerde procedures van de technische capaciteit of mogelijke nieuwe capaciteit die wordt gecreëerd wanneer momenteel geen capaciteit bestaat die kan worden aangeboden op basis van

investeringen in fysieke infrastructuur of optimalisering van de capaciteit op lange termijn, en die vervolgens wordt toegewezen bij een positief resultaat van een economische test, in [verschillende] gevallen”.

108 Ten derde heeft noch de definitie van het begrip „congestiebeheer” noch die van de begrippen „contractuele congestie” en „fysieke congestie” het creëren van incrementele capaciteit op het net voor ogen als oplossing voor de problemen van congestie of overbelasting van het net.

ii) Contextuele uitlegging van artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009

109 Ter contextuele uitlegging van artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 moet worden onderzocht of uit de algemene opzet van deze verordening of, in voorkomend geval, uit andere bepalingen van het Unierecht voortvloeit dat de omvang van de bevoegdheid die krachtens artikel 8, lid 6, van die verordening aan het ENTSB is gedelegeerd bij de vaststelling van netcodes, en bijgevolg aan de Commissie overeenkomstig artikel 6, lid 11, eerste alinea, van die verordening, zich uitstrekt tot regels inzake het creëren van incrementele capaciteit op het net.

110 Dat is niet het geval, aangezien uit een onderzoek van verordening nr. 715/2009 in haar geheel blijkt dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen enerzijds de in artikel 8, lid 6, van die verordening opgesomde terreinen waarvoor het ENTSB bevoegd is om de relevante regels uit te werken in het kader van de netcodes, en anderzijds de regeling voor de investeringen die noodzakelijk zijn voor het creëren van incrementele capaciteit op het net, waarvoor het ENTSB slechts een ondersteunende en coördinerende rol vervult.

111 Dit blijkt in de eerste plaats uit de aard van de aan het ENTSB gedelegeerde bevoegdheden wat betreft de ontwikkeling van het net, zoals deze voortvloeien uit artikel 8, lid 3, onder b), en artikel 8, lid 10, van verordening nr. 715/2009.

112 Ten eerste bepaalt artikel 8, lid 3, onder b), van verordening nr. 715/2009 weliswaar dat het ENTSB het netontwikkelingsplan dat de gehele Unie dekt vaststelt, maar wordt in die bepaling verduidelijkt dat het slechts gaat om een „niet-bindend” plan. Bovendien berust dit plan overeenkomstig artikel 8, lid 10, van die verordening op „nationale investeringsplannen”.

113 Ten tweede „geeft” het netontwikkelingsplan dat de gehele Unie dekt en dat ingevolge artikel 8, lid 10, van verordening nr. 715/2009 door het ENTSB is vastgesteld, onder c) weliswaar „aan waar er sprake is van een tekort aan investeringen, met name met betrekking tot de grensoverschrijdende capaciteit”, maar deze bepaling verleent het ENTSB geen enkele bevoegdheid om de vastgestelde tekorten te remediëren. Het ENTSB kan enkel op grond van artikel 8, lid 10, derde alinea, van die verordening bij dat plan „een onderzoek [...] naar de belemmeringen voor de toename van grensoverschrijdende capaciteit van het netwerk als gevolg van verschillende goedkeuringsprocedures of -praktijken [voegen]”.

114 Hieruit volgt dat de ontwikkeling van het net dat de gehele Unie dekt in de eerste plaats een zaak van de lidstaten is en dat het ENTSB alleen een rol heeft bij de coördinatie van de uitoefening van deze bevoegdheid door lidstaten. Het zou derhalve in strijd zijn met de interne logica van verordening nr. 715/2009 om deze aldus uit te leggen dat artikel 8, lid 6, ervan het ENTSB een normatieve bevoegdheid verleent met betrekking tot de uitwerking van regels voor het creëren van incrementele capaciteit op het net.

- 115 In de tweede plaats blijkt zowel uit artikel 16 van verordening nr. 715/2009 als uit de vergelijking van deze verordening met richtlijn 2009/73 dat de nadere regels voor de toename van de capaciteit op het net in die verordening niet worden beschouwd als een terrein dat op grond van deze verordening later kan worden geregeld.
- 116 Ten eerste heeft artikel 16 van verordening nr. 715/2009 betrekking op „capaciteitsallocatie” en „congestiebeheer” en bestrijkt het dus hetzelfde terrein als de netcode die het ENTSB krachtens artikel 8, lid 1, en lid 6, onder g), van die verordening mag opstellen.
- 117 De leden 1 tot en met 4 van artikel 16 van verordening nr. 715/2009 noemen nauwkeurige verplichtingen jegens transmissiesysteembeheerders in verband met de capaciteitsallocatie en het contractuele en fysieke congestiebeheer op het net. Deze verplichtingen betreffen echter uitsluitend de allocatie van bestaande capaciteit en congestiebeheer op basis van de bestaande capaciteit, dat wil zeggen zonder rekening te houden met de incrementele capaciteit die uit toekomstige investeringen kan voortvloeien. In die leden worden immers noch de incrementele capaciteit, noch de nieuwe investeringen die daarmee verband houden vermeld. De kwestie van nieuwe investeringen op het net wordt daarentegen uitdrukkelijk behandeld in lid 5 van dit artikel.
- 118 Voorts is artikel 16, lid 5, van verordening nr. 715/2009 veel minder regelend dan de eerste vier leden van dit artikel. Het beperkt zich immers ertoe ten eerste te benadrukken dat „[t]ransmissiesysteembeheerders [...] op gezette tijden de marktbehoefte aan nieuwe investeringen [beoordelen]” en ten tweede dat zij „[b]ij de planning van nieuwe investeringen [...] de marktbehoefte [beoordelen] en [...] zij rekening [houden] met de zekerheid van de voorziening”. De bepaling legt transmissiesysteembeheerders geen enkele verplichting op om de extra investeringen te doen die verband houden met de marktbehoefte inzake het net of de zekerheid van de voorziening.
- 119 Ten tweede moet worden opgemerkt dat de enige bepalingen die een verplichting voor de transmissiesysteembeheerders kunnen inhouden om nieuwe investeringen in het systeem te verrichten teneinde incrementele capaciteit te creëren, zijn opgenomen in richtlijn 2009/73, die tegelijk met verordening nr. 715/2009 is vastgesteld in het kader van het „derde energiepakket”.
- 120 Zo verplicht artikel 13, lid 2, van richtlijn 2009/73 transmissiesysteembeheerders om „voldoende grensoverschrijdende capaciteit op [te bouwen] om Europese transmissie-infrastructuur te integreren die voldoet aan alle economisch redelijke en technisch haalbare vraag naar capaciteit, rekening houdend met de leverings- en voorzieningszekerheid van gas”. Bovendien bepaalt artikel 22 van die richtlijn, met als opschrift „Netontwikkeling en bevoegdheden om investeringsbeslissingen te nemen”, in lid 1 dat „[d]e transmissiesysteembeheerder [...] de regulerende instantie elk jaar een tienjarig netontwikkelingsplan [voorlegt] dat gebaseerd is op het bestaande en te verwachten niveau van vraag en aanbod”. Volgens lid 3 van laatstgenoemd artikel moet dit plan gebaseerd zijn op „redelijke inschattingen aangaande de ontwikkeling van de productie, levering, verbruik en uitwisseling met andere landen”.
- 121 Bovendien volgt uit artikel 41, lid 1, onder b) en g), van richtlijn 2009/73 dat het taak is voor de regulerende instantie om ervoor te zorgen dat de transmissiesysteembeheerder zijn Unierechtelijke verplichtingen nakomt, inclusief bij grensoverschrijdende kwesties, en dat deze toezichthoudende taak zich uitstrekt tot de investeringsplannen van de transmissiesysteembeheerders.

- 122 Deze toezichthoudende taak komt met name tot uiting in artikel 22, leden 4 tot en met 7, van richtlijn 2009/73, dat de nationale regulerende instantie verplicht om respectievelijk de daadwerkelijke of potentiële systeemgebruikers te raadplegen over het door de transmissiesysteembeheerder ingediende tienjarige netontwikkelingsplan, de volledigheid van dat plan en de overeenkomst ervan met het in artikel 8, lid 3, onder b), van verordening nr. 715/2009 bedoelde netwerkontwikkelingsplan dat de gehele Unie dekt, te onderzoeken, toezicht te houden op de uitvoering van het tienjarige netwerkontwikkelingsplan alsmede het te evalueren, en, in voorkomend geval, maatregelen te treffen indien de netbeheerder geen investering doet.
- 123 Uit het voorgaande volgt dat een transmissiesysteembeheerder op grond van richtlijn 2009/73 verplicht is om de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor de goede werking van het net en, in voorkomend geval, voor het creëren van incrementele capaciteit, en dat het op de weg ligt van de lidstaat om via zijn nationale regulerende instantie toe te zien op de nakoming van die verplichtingen.
- 124 Bovendien moet worden vastgesteld dat geen enkele bepaling van richtlijn 2009/73 een normatieve regeling vaststelt van de wijzen waarop de verplichtingen van transmissiesysteembeheerders op het gebied van investeringen of manieren van toezicht door de nationale regulerende instanties op deze verplichtingen worden uitgevoerd.
- 125 In dit verband moet worden opgemerkt dat in artikel 42, lid 2, onder a), van richtlijn 2009/73, waarnaar de Commissie verwijst, weliswaar wordt gewezen op het belang van samenwerking tussen nationale regulatoren, met name om „een adequaat niveau van interconnectiecapaciteit [...] mogelijk te maken, mede door nieuwe interconnecties”, maar dat dit artikel enkel voorziet in een verplichting tot samenwerking tussen regulerende instanties „op regionaal niveau”. Deze bepaling kan dus niet worden geacht op het oog te hebben dat de Commissie een regeling betreffende het creëren van incrementele capaciteit op de interconnectiepunten vaststelt.
- 126 Uit de analyse van verordening nr. 715/2009 en richtlijn 2009/73 moet dus worden afgeleid dat de wetgever bij de vaststelling van het „derde energiepakket” wilde dat de uitvoering van de relevante Unieregeling inzake de ontwikkeling van het net en het creëren van incrementele capaciteit uitsluitend tot de bevoegdheid van de lidstaten zou behoren, zonder daarbij een bevoegdheid daartoe te toe kennen aan het ENTSB en, in voorkomend geval, de Commissie.

iii) Teleologische uitlegging van artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009

- 127 Wat de teleologische uitlegging van artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 betreft, voeren ACER en de Commissie verschillende argumenten aan om te onderbouwen dat op het Unieniveau een regeling op het gebied van investeringen kon worden vastgesteld die het mogelijk moest maken om incrementele capaciteit te creëren. Zij wijzen er aldus op dat de grote gasleidingnetten voor de efficiënte werking van de interne markt voor aardgas moeten worden gereguleerd, zodat er voor deze netten voldoende investeringen beschikbaar zijn en zij niet worden geraakt door mededingingsbeperkende gedragingen van transmissiesysteembeheerders, die zich in een natuurlijke monopoliepositie bevinden.
- 128 In dit verband stond het de Uniewetgever inderdaad vrij om in verordening nr. 715/2009 de mogelijkheid te voorzien om op het net incrementele capaciteit tot stand te brengen, met name ter verwezenlijking van de doelstelling van het energiebeleid van de Unie om „de continuïteit van de energievoorziening in de Unie te waarborgen” als bedoeld in artikel 194, lid 1, onder b), VWEU. Toch moet er worden vastgesteld dat uit geen van de gronden voor deze verordening een doel kan

worden opgemaakt dat erin bestaat het ENTSB en bijgevolg de Commissie de bevoegdheid te verlenen om een netcode uit te werken die mede de kwestie bestrijkt van de investeringen die noodzakelijk zijn voor het creëren van dergelijke incrementele capaciteit.

- 129 Zoals in punt 126 hierboven is benadrukt, blijkt uit verordening nr. 715/2009 en richtlijn 2009/73 juist integendeel dat de wetgever bij de vaststelling van het „derde energiepakket” de bedoeling had om de uitvoering van de relevante regels van de Unie op dit gebied uitsluitend aan de lidstaten te delegeren.
- 130 Deze conclusie vindt steun in de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 715/2009. Uit gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 12/2009 van de Raad van 9 januari 2009 met het oog op de aanneming van een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1775/2005 (PB 2009, C 75 E, blz. 38) blijkt namelijk dat de Raad de voorkeur heeft gegeven aan de bewoordingen van artikel 8, lid 3, onder b), en die van artikel 16 van verordening nr. 715/2009, die respectievelijk in punt 112 en punt 118 hierboven zijn vermeld, boven de door de Commissie en het Europees Parlement beoogde bewoordingen, waarmee de beoogde verwijzingen naar investeringen in het net en het creëren van incrementele capaciteit zijn geschrapt.
- 131 Wat ten eerste artikel 8, lid 3, onder b), van verordening nr. 715/2009 betreft, heeft MEKH er in haar antwoorden op de maatregelen tot organisatie van de procesgang terecht aan herinnerd dat de Raad, wat de aan het ENTSB toebedeelde planningsrol betreft, is afgeweken van het voorstel van de Commissie door het begrip „netwerkontwikkelingsplan” te verkiezen boven het begrip „investeringsplan” en de nadruk is gaan leggen op het „niet-bindende” karakter van dat plan.
- 132 Wat ten tweede artikel 16 van verordening nr. 715/2009 betreft, heeft de Raad geen gevolg gegeven aan een amendement van het Europees Parlement, waarmee de Commissie had ingestemd en dat zou hebben geleid tot de erkenning van een verplichting voor transmissiesysteembeheerders om incrementele capaciteit te creëren na een procedure die duidelijk gelijkenis vertoont met de procedure waarin hoofdstuk V van verordening 2017/459 voorziet en die in de punten 66 tot en met 73 hierboven is beschreven.
- 133 Dit amendement had tot doel om aan artikel 16 van verordening nr. 715/2009 een alinea toe te voegen waarin voor transmissiesysteembeheerders ten eerste de verplichting werd vastgesteld om „[i]n het geval van langdurige fysieke congestie [...] congestie op [te lossen] door de bestaande capaciteit op basis van de marktbehoefte uit te breiden met nieuwe capaciteit”, en ten tweede de verplichting om open procedures uit te voeren „[t]er de beoordeling van de marktvrage”.
- 134 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat uit de letterlijke, de contextuele en de teleologische uitlegging van artikel 8, lid 6, van verordening nr. 715/2009 volgt dat deze bepaling geen bevoegdheid aan het ENTSB verleent om in een netcode voorschriften op te nemen die een gastransmissiesysteembeheerder de verplichting kunnen opleggen om incrementele capaciteit op dat net te creëren.
- 135 Hieruit volgt dat de Commissie niet op basis van enkel artikel 6, lid 11, eerste alinea, van verordening nr. 715/2009 bevoegd was om de in hoofdstuk V van verordening 2017/459 opgenomen bepalingen betreffende het incrementele-capaciteitsproces vast te stellen.

2) Omvang van de bij artikel 6, lid 11, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van verordening nr. 715/2009 aan de Commissie verleende bevoegdheid

- 136 Om de in punt 99 hierboven uiteengezette redenen moet worden nagegaan of een dergelijke bevoegdheid in voorkomend geval zou kunnen voortvloeien uit artikel 6, lid 11, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van verordening nr. 715/2009, op grond waarvan de Commissie niet-essentiële onderdelen van die verordening mag wijzigen bij de vaststelling of wijziging van een netcode.
- 137 Volgens vaste rechtspraak zijn de essentiële onderdelen in een basisregeling die waar bij de vaststelling ervan politieke keuzen moeten worden gemaakt die tot de eigen verantwoordelijkheden van de Uniewetgever behoren (zie arrest van 11 mei 2017, *Dyson/Commissie*, C-44/16 P, EU:C:2017:357, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 138 De vaststelling van de als essentieel aan te merken bestanddelen van een onderwerp moet berusten op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn, en vereist dat rekening wordt gehouden met de kenmerken en bijzonderheden van het betreffende onderwerp (zie arrest van 11 mei 2017, *Dyson/Commissie*, C-44/16 P, EU:C:2017:357, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 139 In casu zij eraan herinnerd dat hoofdstuk V van verordening 2017/459 neerkomt op een wijziging van verordening nr. 715/2009 die uiteindelijk de bij artikel 8, lid 6, onder g), van verordening nr. 715/2009 aan het ENTSB en bijgevolg aan de Commissie toegekende bevoegdheid op het gebied van de „voorschriften voor capaciteitstoewijzing en congestiebeheer” uitbreidt tot het creëren van incrementele capaciteit, ook al heeft deze bevoegdheid alleen betrekking op bestaande capaciteit op het net.
- 140 Om de in de punten 114 tot en met 126 hierboven uiteengezette redenen blijkt uit de opzet van verordening nr. 715/2009, alsook uit de lezing ervan in samenhang met de tegelijkertijd vastgestelde richtlijn 2009/73, dat de wetgever een beleidskeuze heeft gemaakt die inhoudt dat de uitvoering van de relevante Unieregels inzake het creëren van incrementele capaciteit uitsluitend werd neergelegd bij de lidstaten, zonder bevoegdheden in die zin aan het ENTSB en in voorkomend geval aan de Commissie te delegeren. Bijgevolg moet ingevolge de in punt 137 hierboven aangehaalde rechtspraak worden geoordeeld dat de bij hoofdstuk V van verordening 2017/459 aangebrachte wijziging betrekking heeft op een essentieel onderdeel van verordening nr. 715/2009, en niet onder artikel 6, lid 11, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van deze laatste verordening valt.
- 141 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie niet op grond van verordening nr. 715/2009 bevoegd was om de in hoofdstuk V van verordening 2017/459 opgenomen regeling van het proces inzake het incrementele-capaciteitsproces vast te stellen.
- 142 Bijgevolg moet de exceptie van onwettigheid worden aanvaard en moet hoofdstuk V van verordening 2017/459 krachtens artikel 277 VWEU buiten toepassing worden verklaard. Hieruit volgt dat de beslissing van de raad van beroep, waarin dit hoofdstuk wordt toegepast, erga omnes nietig moet worden verklaard [zie in die zin arrest van 1 juni 2006, *P & O European Ferries (Vizcaya)* en *Diputación Foral de Vizcaya/Commissie*, C-442/03 P en C-471/03 P, EU:C:2006:356, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak], zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de andere middelen die in het kader van de onderhavige gedingen zijn aangevoerd.

143 Bijgevolg moeten de onderhavige beroepen worden toegewezen voor zover zij zijn gericht tegen de beslissing van de raad van beroep.

IV. Kosten

144 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien ACER in casu op de voornaamste punten in het ongelijk is gesteld, dient het overeenkomstig de vordering van verzoekers te worden verwezen in zijn eigen kosten en in alle kosten van verzoekers.

145 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. De Commissie zal derhalve haar eigen kosten dragen.

146 Bovendien dient E-Control overeenkomstig artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering zijn eigen kosten te dragen.

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep van Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH) is niet-ontvankelijk voor zover het is gericht tegen besluit nr. 05/2019 van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) van 9 april 2019.**
- 2) Beslissing nr. A-004-2019 van de raad van beroep van ACER van 6 augustus 2019 wordt vernietigd.**
- 3) ACER draagt zijn eigen kosten alsmede die van MEKH en FGSZ Földgázz szállító Zrt.**
- 4) De Europese Commissie en Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) dragen hun eigen kosten.**

Tomljenović

Kreuschitz

Schalin

Škvařilová-Pelzl

Nömm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 maart 2022.

ondertekeningen