



## Jurisprudentie

Gevoegde zaken T-684/19 en T-704/19

Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH)

en

FGSZ Földgázz szállító Zrt.

tegen

Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators

Arrest van het Gerecht (Tweede kamer – uitgebreid) van 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

1. *Beroep tot nietigverklaring – Natuurlijke personen of rechtspersonen – Voorwaarden voor ontvankelijkheid – Besluit van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) houdende goedkeuring van de uitvoering van een incrementele-capaciteitsproject op een aardgastransmissiesysteem – Handeling tot oprichting van ACER die voorziet in een intern beroep tegen het besluit van ACER – Beroep tot nietigverklaring dat wordt ingesteld tegen het besluit van ACER zonder dat het interne beroep is uitgeput – Niet-ontvankelijkheid (Art. 263, tweede alinea, VWEU; verordening 2019/942 van het Europees Parlement en de Raad, overweging 34 en art. 28 en 29)*

(zie punten 29-32, 35-39, 41, 42)

2. *Handelingen van de instellingen – Toepassing ratione temporis – Procedureregels – Regels van materieel recht – Onderscheid*

(zie punt 33)

3. *Beroep tot nietigverklaring – Beroep tegen een beslissing van de raad van beroep van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) – Handeling tot oprichting van ACER die de mogelijkheid uitsluit om middelen voor het Gerecht aan te voeren die niet voor deze raad zijn aangevoerd – Exceptie van onwettigheid die voor het eerst in het kader van het beroep tot nietigverklaring wordt opgeworpen – Ontvankelijkheid (Art. 263 en 277 VWEU; verordening 2019/942 van het Europees Parlement en de Raad, art. 29)*

(zie punten 47-51)

4. *Exceptie van onwettigheid – Draagwijdte – Handelingen ten aanzien waarvan een exceptie van onwettigheid kan worden opgeworpen – Verordening die niet op grond van artikel 263 VWEU is aangevochten – Exceptie van onwettigheid ingesteld door een nationale regulerende instantie waarvan niet duidelijk is of zij nietigverklaring kan vorderen – Ontvankelijkheid*  
(Art. 263, vierde alinea, en art. 277 VWEU; verordening 2017/459 van de Commissie)

(zie punten 54, 55)

5. *Exceptie van onwettigheid – Draagwijdte – Handelingen ten aanzien waarvan een exceptie van onwettigheid kan worden opgeworpen – Handeling van algemene strekking waarop de bestreden beslissing is gebaseerd – Noodzaak van een juridisch verband tussen de bestreden handeling en de betwiste algemene handeling*  
(Art. 277 VWEU)

(zie punt 58)

6. *Harmonisatie van de wetgevingen – Harmonisatiemaatregelen – Gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas – Verordening nr. 715/2009 – Voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten – Bevoegdheid van de Commissie om op bepaalde terreinen netcodes vast te stellen – Omvang – Door de Commissie vastgestelde netcode die een ‚incrementele-capaciteitsproces‘ bevat – Ontoelaatbaarheid*  
(Verordening nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad, art. 6, lid 11, eerste alinea, en art. 8, lid 6; verordening 2017/459 van de Commissie, art. 22-31; richtlijn 2009/73 van het Europees Parlement en de Raad)

(zie punten 66-74, 95-97, 100, 102-105, 109,110, 114, 119, 123-126, 128, 134, 135)

7. *Harmonisatie van de wetgevingen – Harmonisatiemaatregelen – Gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas – Verordening nr. 715/2009 – Voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten – Vaststelling van netcodes – Verordening van de Commissie tot vaststelling van een netcode betreffende capaciteitstoewijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen – Uitvoering van een incrementele-capaciteitsproces – Maatregel ter waarborging van de goede werking van de interne markt voor gas – Rechtsgrondslag – Artikel 114 VWEU*  
(Art. 114 VWEU; verordening nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad, art. 1; verordening 2017/459 van de Commissie, art. 22-31)

(zie punten 83-88)

8. *Instellingen van de Europese Unie – Uitoefening van de bevoegdheden – Aan de Commissie toegekende bevoegdheid om gedelegeerde handelingen vast te stellen – Verplichting om de wezenlijke elementen van de basiswetgevingshandeling niet te wijzigen – Basisverordening die de Commissie de bevoegdheid verleent om op bepaalde terreinen*

*netcodes vast te stellen – Netcode die regels betreffende een niet in de basisverordening genoemd terrein bevat – Ontoelaatbaarheid – Wijziging die een essentieel element van de basisverordening betreft*

*[Verordening nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad, art. 6, lid 11, tweede alinea, art. 7, lid 3, en art. 8, lid 6, g); verordening 2017/459 van de Commissie, art. 22-31; richtlijn 2009/73 van het Europees Parlement en de Raad]*

(zie punten 137-141)

## **Samenvatting**

In 2015 is de Hongaarse gastransmissiesysteembeheerder FGSZ Földgázzállító Zrt. (hierna: „FGSZ”) samen met haar 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 strekte ertoe de incrementele capaciteit op twee interconnectiepunten, waaronder dat tussen Hongarije en Oostenrijk, te vergroten (hierna: „HUAT-project”). Uit dien hoofde hebben FGSZ en zijn Oostenrijkse tegenhanger, Gas Connect Austria GmbH (hierna: „GCA”), overeenkomstig verordening 2017/459 tot vaststelling van een netcode betreffende capaciteitstoewijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen<sup>1</sup> een gezamenlijk beoordelingsverslag gepubliceerd.

Ingevolge diezelfde verordening<sup>2</sup> heeft FGSZ het voorstel voor het HUAT-project formeel voorgelegd aan de Hongaarse regulerende instantie voor energie en nutsvoorzieningen Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH). FGSZ benadrukte geen voorstander van de uitvoering van dit project te zijn. GCA heeft het voorstel voorgelegd aan de Oostenrijkse regulerende instantie voor elektriciteit en aardgas, Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control).

E-Control heeft het voorstel voor het HUAT-project goedgekeurd, terwijl MEKH dit voorstel heeft afgewezen. Aangezien de nationale regulerende instanties niet tot overeenstemming kwamen, heeft het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) op zijn beurt een besluit tot goedkeuring van het voorstel voor het HUAT-project vastgesteld (hierna: „oorspronkelijk besluit”).

MEKH en FGSZ hebben ieder bij de raad van beroep van ACER beroep tegen dat besluit ingesteld. Deze raad heeft hun beroepen verworpen. Daarop hebben MEKH (zaak T-684/19) en FGSZ (zaak T-704/19) bij het Gerecht twee beroepen tot vernietiging van die beslissing tot verwerping ingesteld. Het beroep van MEKH strekt eveneens tot nietigverklaring van het oorspronkelijke besluit. Ter ondersteuning van haar beroep werpt MEKH met name een exceptie van onwettigheid van hoofdstuk V van verordening 2017/459 op.

In zijn arrest heeft de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht het door MEKH ingestelde beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk verklaard voor zover het is gericht tegen het oorspronkelijke besluit. Het Gerecht heeft wel de door MEKH opgeworpen exceptie van onwettigheid aanvaard en bijgevolg de beslissing van de raad van beroep van ACER tot verwerping van het beroep vernietigd.

<sup>1</sup> Artikel 26 van verordening (EU) 2017/459 van de Commissie van 16 maart 2017 tot vaststelling van een netcode betreffende capaciteitstoewijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen en tot intrekking van verordening (EU) nr. 984/2013(PB 2017, L 72, blz. 1).

<sup>2</sup> Artikel 28, lid 1, van verordening 2017/459.

## *Beoordeling door het Gerecht*

Om te beginnen verklaart het Gerecht het door MEKH ingestelde beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk voor zover het tegen het oorspronkelijke besluit is gericht. Het Gerecht merkt in dat verband op dat de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring dat door natuurlijke of rechtspersonen is ingesteld tegen handelingen van het ACER die rechtsgevolgen ten aanzien van hen beogen teweeg te brengen, moet worden onderzocht in het licht van de specifieke bepalingen die zijn vastgesteld in de handeling waarbij dit agentschap is opgericht, namelijk verordening 2019/942<sup>3</sup>. Volgens die verordening staat bij het Gerecht alleen beroep open tegen de beslissing van de raad van beroep van ACER.<sup>4</sup>

Daarentegen verklaart het Gerecht de door MEKH aangevoerde exceptie van onwettigheid van hoofdstuk V van verordening 2017/459 ontvankelijk, ondanks het feit dat MEKH deze exceptie niet heeft opgeworpen voor de raad van beroep van ACER. MEKH mocht deze exceptie immers pas voor het eerst voor het Gerecht opwerpen om de geldigheid van de beslissing tot verwerping van de raad van beroep van ACER te betwisten, aangezien alleen de Unierechter bevoegd is om de onwettigheid van een handeling van algemene strekking vast te stellen<sup>5</sup>.

Wat de gegrondheid van deze exceptie van onwettigheid betreft, merkt het Gerecht om te beginnen op dat bij hoofdstuk V van verordening 2017/459, die een netcode betreffende capaciteitstoewijzingsmechanismen in gastransmissiesystemen vaststelt, een incrementele-capaciteitsproces wordt ingevoerd dat de transmissiesysteembeheerders kan verplichten om de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor het creëren van incrementele capaciteit op het net. Uit de bewoordingen van hoofdstuk V<sup>6</sup> komt namelijk naar voren dat een incrementele-capaciteitsproces wordt geïnitieerd wanneer aan de verschillende daarin gestelde voorwaarden is voldaan, hetgeen impliceert dat de transmissiesysteembeheerders de daartoe noodzakelijke investeringen moeten doen.

Vervolgens onderzoekt het Gerecht of de Commissie, door een netcode uit te werken die voorziet in een dergelijk incrementele-capaciteitsproces, de grenzen heeft overschreden van de bevoegdheid die haar is verleend bij de basisverordening, te weten verordening nr. 715/2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten<sup>7</sup>.

Gelet op het feit dat de Commissie krachtens die basisverordening enkel bevoegd is om op bepaalde limitatief opgesomde terreinen netcodes vast te stellen, en dan nog enkel indien het Europees netwerk van transmissiesysteembeheerders voor gas (hierna: „ENTSB”) op het betrokken terrein nog geen dergelijke code heeft uitgewerkt<sup>8</sup>, gaat het Gerecht in de eerste plaats na of hoofdstuk V van verordening 2017/459 kan worden gekoppeld aan een van de bedoelde terreinen.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> Overweging 34 en de artikelen 28 en 29 van verordening 2019/942.

<sup>5</sup> Artikel 277 VWEU.

<sup>6</sup> Artikel 22, lid 3, van verordening 2017/459.

<sup>7</sup> 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; hierna: „basisverordening”).

<sup>8</sup> Artikel 6 van de basisverordening.

In dit verband volgt uit een letterlijke uitlegging van de basisverordening dat de daarin opgesomde terreinen geen betrekking kunnen hebben op het creëren van incrementele capaciteit op het net. Evenzo blijkt uit de contextuele uitlegging van deze verordening dat er een onderscheid is tussen enerzijds de terreinen waarvoor het ENTSB bevoegd is om netcodes uit te werken, en anderzijds de regeling voor de investeringen die noodzakelijk zijn voor het creëren van incrementele capaciteit op het net, waarvoor het ENTSB de uitoefening van de eigen bevoegdheid door de lidstaten coördineert. Bovendien merkt het Gerecht op dat transmissiesysteembeheerders op grond van richtlijn 2009/73 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas<sup>9</sup> in voorkomend geval verplicht zijn de investeringen te doen die nodig zijn om dergelijke incrementele capaciteit te creëren. In dit kader is het de taak van de lidstaten om erop toe te zien dat deze verplichting wordt nagekomen, zonder dat het ENTSB of de Commissie daarbij een normatieve bevoegdheid heeft. Ten slotte kan uit geen van de gronden voor de basisverordening worden afgeleid dat deze tot doel heeft 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.

Aangezien hoofdstuk V van verordening 2017/459 niet aan een van de in de basisverordening limitatief opgesomde terreinen kan worden gekoppeld, onderzoekt het Gerecht in de tweede plaats of de Commissie bevoegd was om regels betreffende het incrementele-capaciteitsproces vast te stellen krachtens andere bepalingen van die basisverordening op grond waarvan de Commissie niet-essentiële onderdelen kan wijzigen bij de vaststelling een netcode<sup>10</sup>.

Volgens vaste rechtspraak zijn de essentiële onderdelen in een basisregeling echter die waar bij de vaststelling ervan politieke keuzen moeten worden gemaakt die tot de eigen verantwoordelijkheden van de Uniewetgever behoren. In casu heeft de Uniewetgever de politieke keuze gemaakt om de uitvoering van de regels inzake het creëren van incrementele capaciteit uitsluitend toe te vertrouwen aan de lidstaten; de aan het ENTSB en, bij uitbreiding, aan de Commissie toegekende bevoegdheid ter zake van de voorschriften voor capaciteitstoewijzing<sup>11</sup> heeft alleen betrekking op bestaande capaciteit op het net. Hieruit volgt dat de bij hoofdstuk V aangebrachte wijziging, die erin bestaat deze bevoegdheid uit te breiden tot het creëren van incrementele capaciteit, een essentieel onderdeel van de basisverordening betreft.

Het Gerecht komt derhalve tot de conclusie dat de Commissie niet bevoegd was om een incrementele-capaciteitsproces in te voeren, wijst de exceptie van onwettigheid toe en verklaart hoofdstuk V van verordening 2017/459 niet van toepassing. Aangezien dit hoofdstuk in de beslissing van de raad van beroep van ACER tot verwerping van het beroep is toegepast, wijst het Gerecht bovendien, door het erga omnes te vernietigen, de beroepen tot vernietiging van die beslissing toe.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> Artikel 6, lid 11, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van de basisverordening.

<sup>11</sup> Artikel 8, lid 6, onder g), van de basisverordening.