



Datum van
inontvangstneming

:

04/09/2018

Zaak C-454/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

12 juli 2018

Verwijzende rechter:

Förvaltningsrätten i Linköping (bestuursrechter in eerste aanleg te Linköping, Zweden)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 juli 2018

Verzoekende partij:

Baltic Cable AB

Verwerende partij:

Energimarknadsinspektionen (nationale inspectiedienst voor de energiemarkt)

VERZOEKSTER

Baltic Cable AB, [...]

[...]

VERWEERDER

Energimarknadsinspektionen

BESTREDEN BESLUIT

Besluit van 9 juni 2016 (zie bijlage 1) en besluit van 2 november 2017 (zie bijlage 2) van de Energimarknadsinspektionen

VOORWERP

Toepassing van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening¹ en van de Viteslagen (wet op de dwangsommen) (1997:857); nu een zaak betreffende een prejudiciële beslissing enz.

BESLISSING VAN DE FÖRVALTNINGSRÄTTEN

De Förvaltningsrätten verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 VWEU om een prejudiciële beslissing.

De procedure wordt geschorst in afwachting van een antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie. **[Or. 2]**

CONTEXT

Besluit van de Energimarknadsinspektionen van 9 juli 2016

- 1 Bij besluit van 9 juli 2016 (en overeenkomstig artikel 2, leden 1 en 4, van de elektriciteitsverordening, en de eerste alinea van artikel 16, lid 6, ervan) heeft de Energimarknadsinspektionen (hierna: „Ei”) Baltic Cable AB (hierna: „BCAB”) verzocht de van 1 juli 2013 tot en met 30 juni 2014 en van 1 juli 2014 tot en met 30 juni 2015 verkregen ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit (ontvangsten uit congestie) op een aparte interne rekening te zetten totdat zij door BCAB voor de volgende doelen kon worden gebruikt:
 - (a) het garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar is, en/of
 - (b) de koppelingscapaciteit handhaven of vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren.
- 2 BCAB werd ook verzocht een rekeninguittreksel en een certificaat van de auditeur voor te leggen om aan te tonen dat de betreffende ontvangsten inderdaad op een aparte interne rekening waren gezet.
- 3 Het bevel hield een dwangsom van 5 miljoen SEK in voor elke begonnen maand of deel ervan waarin geen gehoor wordt gegeven aan het bevel, drie maanden na de maand waarin BCAB in kennis was gesteld van het besluit. De redenen zijn vermeld in het besluit (bijlage 1).
- 4 BCAB vordert nietigverklaring van het besluit. Indien de Förvaltningsrätten oordeelt dat het besluit van Ei geheel of gedeeltelijk moet worden gehandhaafd, verzoekt BCAB om opschorting van de tenuitvoerlegging ervan voor minstens een

¹ Verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1228/2003.

bepaalde periode nadat de uitspraak in de zaak in kracht van gewijsde is gegaan (res judicata). BCAB verzoekt ook om betaling van haar juridische kosten. **[Or. 3]**

- 5 Ei betwist het beroep. Hij heeft evenwel geen bezwaar tegen een aanpassing van de uiterste termijn in het bevel. Verder concludeert Ei tot afwijzing van het verzoek van BCAB tot betaling van haar juridische kosten.

Besluit van Ei van 2 november 2017

- 6 Bij besluit van 2 november 2017 heeft Ei het verzoek van BCAB om haar ontvangsten uit congestie te mogen aanwenden als inkomsten die door Ei in aanmerking moeten worden genomen bij de goedkeuring van de methode voor de berekening van de nettarieven, en/of de vaststelling van de nettarieven (tweede alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening), afgewezen. De redenen zijn vermeld in het besluit (bijlage 2).
- 7 BCAB stelt dat zij de ontvangsten uit congestie mag gebruiken overeenkomstig het verzoek dat zij op 21 september 2017 bij Ei heeft ingediend. Tevens verzoekt BCAB om betaling van haar juridische kosten.
- 8 Ei betwist het beroep en concludeert tot afwijzing van het verzoek van BCAB tot betaling van haar juridische kosten.

ARGUMENTEN VAN PARTIJEN

Baltic Cable AB

Artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening is niet gericht tot BCAB

- 9 Baltic Cable is een hoogspanningslijn die het Zweedse elektriciteitsnet verbindt met het transmissienetwerk in Noordwest-Duitsland. Het doel van de onderneming BCAB bestaat in de bouw, het bezit en de exploitatie van Baltic Cable. BCAB verwerft ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit, de zogenaamde „ontvangsten uit congestie”. Dat is haar enige bron van inkomsten. **[Or. 4]**
- 10 Artikel 16 van de elektriciteitsverordening is uitsluitend gericht tot transmissiesysteembeheerders (TSB's). BCAB is louter verantwoordelijk voor Baltic Cable, dat is één kabel die twee systemen met elkaar verbindt (een interconnector). Baltic Cable is als zodanig geen transmissiesysteem en BCAB is dus geen transmissiesysteembeheerder. De regels voor transmissiesysteembeheerders zijn bedoeld voor nationale en regionale netwerkbeheerders en zijn afgestemd op dergelijke activiteiten.

- 11 Uit de bewoordingen van artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit² blijkt duidelijk dat transmissiesysteembeheerder is omschreven als de persoon die verantwoordelijk is voor een transmissiesysteem. De verantwoordelijkheid voor een interconnectie volstaat op zich niet om onder de definitie te vallen. Indien het de bedoeling was dat de bepaling ook van toepassing zou zijn op beheerders die verantwoordelijk zijn voor één interconnectie, moet worden aangenomen dat de tekst dienovereenkomstig zou zijn opgesteld, bijvoorbeeld door „of interconnecties” in plaats van „alsook [...] de interconnecties” te vermelden. Uit de huidige bewoordingen blijkt duidelijk dat die definitie niet ziet op beheerders die eigenaar en exploitant van een interconnector zijn zonder tegelijk verantwoordelijk te zijn voor een transmissiesysteem, maar hen integendeel uitsluit. Het doel, de opzet en de geschiedenis van de elektriciteitsverordening maken ook duidelijk dat zij geen betrekking heeft op de door BCAB verrichte activiteiten, noch bedoeld is om daarop betrekking te hebben.
- 12 De groep van personen tot wie artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening is gericht, wordt niet vastgesteld. Daarom kan op basis van de bewoordingen niet worden achterhaald of de bepaling op alle ontvangsten uit congestie kan worden toegepast. De context van artikel 16, lid 6, zoals het doel van de bepaling, suggereert daarentegen dat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op TSB's. Zowel uit de tweede alinea van artikel 16, **[Or. 5]** als uit de bijlage bij de elektriciteitsverordening en de verordening tot vaststelling van richtsnoeren betreffende capaciteitstoewijzing en congestiebeheer³, blijkt dat de bepalingen betreffende de verdeling, de ontvangst en het gebruik van ontvangsten uit congestie betrekking hebben op TSB's. De ontvangsten uit congestie vormen voor BCAB geen neveninkomsten of bijkomende inkomsten en zijn dat ook nooit geweest (zoals ze dat wel zijn voor TSB's met aangesloten klanten). De regels hebben derhalve zeer uiteenlopende gevolgen naargelang het betrokken soort activiteit.
- 13 Volgens Ei kan BCAB niet worden toegestaan de ontvangsten uit congestie aan te wenden zonder de elektriciteitsverordening te schenden. In die opvatting wordt uitlegging echter ten onrechte gelijkgesteld met nietigverklaring. De rechtsorde van de Unie vereist dat het Unierecht op nationaal niveau wordt toegepast, en de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties dienen het recht uit te leggen, tenzij zij het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing moeten verzoeken of daar zelf voor kiezen. De uitleggingen die nationale autoriteiten of rechterlijke instanties geven wanneer zij Unierecht toepassen zijn niet in strijd met het beginsel dat de geldigheid van het EU-recht enkel door het

² 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.

³ Verordening (EU) 2015/1222 van de Commissie van 24 juli 2015 tot vaststelling van richtsnoeren betreffende capaciteitstoewijzing en congestiebeheer.

Hof van Justitie van de Europese Unie kan worden vastgesteld. Nationale rechterlijke instanties en autoriteiten zijn ook gerechtigd en verantwoordelijk om op onafhankelijke wijze evenredigheidsbeoordelingen te verrichten wanneer zij Unierecht toepassen, met inachtneming van de omstandigheden van elk individueel geval.

BCAB heeft de inkomsten uit congestie op geoorloofde wijze gebruikt

- 14 Indien de Förvaltningsrätten zou oordelen dat BCAB een TSB is en onder artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening valt, dan worden de inkomsten uit congestie door BCAB niettemin gebruikt op een wijze die op grond van de bepaling is toegestaan aangezien de inkomsten uit congestie volledig zijn besteed aan BCAB's investeringen in koppelingscapaciteit.
- 15 Een typische systeembeheerder (TSB) kan via nettarieven nieuwe investeringen financieren en winsten halen uit reeds gedane investeringen. **[Or. 6]** Een zuivere interconnectie-onderneming zoals BCAB heeft geen andere keuze dan eerst investeringen te doen en te hopen dat met de toekomstige inkomsten de kosten zullen worden gedekt met een redelijke winst in verhouding tot de risico's. Het beheer van Baltic Cable maakt het geheel van de activiteiten van BCAB uit. Elk gebruik van de middelen van BCAB houdt derhalve op een of andere manier verband met de hoogspanningslijn en dientengevolge met de oorspronkelijke investeringen in koppelingscapaciteit. In het licht hiervan moet artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening aldus worden uitgelegd dat zuivere interconnectie-ondernemingen vrij mogen beschikken over alle congestie-ontvangsten uit interconnectie waarin zij hebben geïnvesteerd.
- 16 In een onderneming zoals BCAB, die geen andere inkomsten kan verwerven, wordt het merendeel van de congestie-inkomsten doorlopend gebruikt om te voldoen aan de bedrijfsverplichtingen met betrekking tot het beheer van de hoogspanningslijn en de transmissievoorziening. Bijgevolg maakt de eventuele winst steeds slechts een fractie van de congestie-inkomsten uit. Het doel van de activiteiten van een zuivere interconnectie-onderneming bestaat uiteraard erin voortdurend die maatregelen te selecteren waardoor de betrouwbaarheid, de beschikbaarheid en het doeltreffende gebruik van interconnectiecapaciteit het grootste rendement opleveren aangezien daardoor de kans op een positief resultaat vergroot. De uitoefening van de activiteiten op een economisch verantwoorde wijze in het belang van de eigenaar is dus ook gepast in het licht van de doelstelling van de regels betreffende de elektriciteitsmarkt, met inbegrip van artikel 16, lid 6. In het licht hiervan komt het volstrekt vrije gebruik van de congestie-inkomsten in hoofdzaak erop neer dat de prioriteiten van ondernemingen in de elektriciteitsverordening niet zo gedetailleerd worden beschreven dat het tot een minder rationele keuze zou leiden.
- 17 Een verbod om ontvangsten uit congestie te gebruiken om kosten te dekken of om winst te maken zou een ernstige belemmering vormen voor bestaande stimuleringsmaatregelen ter bevordering van de uitbreiding van commerciële

exploitatie van en nieuwe investeringen in interconnectiecapaciteit. Dat zou indruisen tegen het in artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening neergelegde doel dat de beschikbare koppelingscapaciteit moet **[Or. 7]** worden gehandhaafd of vergroot. Indien de regels de commerciële exploitatie van interconnecties niet volstrekt uitsluiten, wat niet uitdrukkelijk de bedoeling was, is het van essentieel belang dat BCAB's effectieve kosten en winst uit de investeringen als geoorloofd gebruik van de congestie-inkomsten kunnen worden aangemerkt. Indien artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening wordt geacht van toepassing te zijn op een zuivere interconnectie-onderneming zoals BCAB, kan de uiterst restrictieve uitlegging door Ei van toegestane toepassingen, wegens de verstrekkende en onredelijke gevolgen ervan, niet worden aanvaard. De uitlegging door Ei van wat onder een investering moet worden verstaan is zo restrictief dat zij verschilt van hoe het woord normaal wordt opgevat en gebruikt. Door de wet zo toe te passen zou een zuivere interconnectie-onderneming haar activiteiten onmogelijk kunnen voortzetten en zouden de doelstellingen van de regels dus rechtstreeks worden ondermijnd. Indien Ei's restrictieve uitlegging van de eerste alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening wordt aanvaard, is het helemaal niet duidelijk of, dan wel op welke wijze, BCAB de ontvangsten uit congestie nog kan aanwenden.

- 18 Uit de tekst van artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b), van de elektriciteitsverordening volgt niet dat nieuwe investeringen in interconnectoren de enige toegestane handelswijze mogen zijn en dat alleen aan nieuwe investeringen prioriteit mag worden verleend. De toegestane handelswijzen omvatten dus ook andere maatregelen, bijvoorbeeld investeringen in bestaande interconnectoren (dat wil zeggen, ongeacht het tijdstip van investering). Het daadwerkelijke gebruik van de ontvangsten uit congestie door BCAB heeft geheel en al betrekking op het dekken van de kosten die de onderneming moet maken om te voorzien in toegewezen transmissies op Baltic Cable in overeenstemming met de desbetreffende toepasselijke voorwaarden, en op langere termijn om de werking en de beschikbaarheid van de hoogspanningslijn in het algemeen te handhaven. Het gebruik is dus in overeenstemming met de eerste alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening.

Ei is ermee akkoord gegaan dat BCAB vrij kon beschikken over de ontvangsten uit congestie

- 19 Indien de Förvaltningsrätten zou oordelen dat BCAB een TSB is en onder artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening valt, en dat het gebruik door BCAB van de **[Or. 8]** ontvangsten uit congestie niet in alle opzichten voldoet aan artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder a) en b), van de elektriciteitsverordening, dan is het besluit van Ei toch onjuist. De reden daarvoor is dat Ei in besluiten betreffende de inkomstengrenzen voor 2013-2015 het gebruik door BCAB van de congestie-inkomsten heeft goedgekeurd. De besluiten omvatten de methode voor de berekening van de nettarieven. Alle door BCAB voor het betreffende jaar ontvangen congestie-inkomsten zijn in de besluiten in aanmerking genomen en vermeld. Ei heeft bijgevolg erkend dat de congestie-inkomsten overeenkomstig de

tweede alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening worden gebruikt. Dat betekent dat de onderneming vrij mag beschikken over de inkomsten. Aan deze beoordeling wordt niet afgedaan door het feit dat Ei in zijn besluiten betreffende het inkomstenplafond in herinnering heeft gebracht hoe congestie-inkomsten overeenkomstig artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening mogen worden gebruikt. De herinnering van Ei kan niet anders worden begrepen dan als het verstrekken van informatie over de inhoud van bestaande wetgeving, zonder dat hieraan afzonderlijke rechtsgevolgen zijn verbonden.

Het bevel is in strijd met de fundamentele rechtsbeginselen

- 20 Hoe de Förvaltningsrätten het bestreden bevel in het licht van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening ook beoordeelt, het besluit is dusdanig vastgesteld en heeft zo'n verstrekkende gevolgen voor BCAB dat het in strijd is met de fundamentele beginselen van bescherming van eigendom, gewettigd vertrouwen en evenredigheid.
- 21 De regels zijn hoegenaamd niet afdoende duidelijk en expliciet om inmenging in het eigendomsrecht van een natuurlijke persoon te rechtvaardigen. Mocht het besluit van Ei worden gehandhaafd, dan ligt het voor de hand dat BCAB daardoor in een onmogelijke situatie terechtkomt. In het besluit is sprake van zeer hoge bedragen ten opzichte van de activiteiten van BCAB tijdens de betrokken periode (ongeveer 70 % van de bruto-inkomsten van de onderneming). Bovendien heeft BCAB de ontvangsten niet in haar bezit gehouden maar hoofdzakelijk gebruikt voor de financiering van de exploitatie van Baltic Cable. Om het bevel van Ei om fondsen op een interne rekening te zetten na te komen, zou BCAB moeten aanvaarden dat haar aansprakelijkheid zich uitstrekt tot een aanzienlijk groter bedrag dan het naar verwachting in een jaar kan verdienen. Bovendien zou **[Or. 9]** BCAB afhankelijk zijn van bijkomende leningen of van een voortdurende toename van de bijdrage van de eigenaar om alle toekomstige kosten van haar activiteiten te financieren. Dergelijke financieringsmogelijkheden zijn echter uitgesloten indien de eigenaar geen uitzicht op winst heeft en de aangegane leningen niet kunnen worden terugbetaald. Daaruit moet worden geconcludeerd dat het voor BCAB wellicht onmogelijk is om het bevel na te komen en dat het door het bevel onmogelijk zal zijn om het beheer en de exploitatie van Baltic Cable voort te zetten. Het is dus duidelijk dat het besluit een niet te rechtvaardigen inbreuk op de bescherming van de eigendomsrechten van BCAB vormt. Bijgevolg is het besluit in strijd met hoofdstuk 2, artikel 15, van de Regeringsformen (Zweedse Grondwet), artikel 1 van het eerste aanvullende protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.
- 22 Tevens is het besluit in strijd met de praktijk aangaande inkomsten uit congestie die Ei vroeger ten aanzien van BCAB hanteerde. Ei besliste over het inkomstenplafond voor de onderneming. De besluiten werden zo opgesteld dat zij

alle congestie-inkomsten omvatten die BCAB tijdens elke periode verwierf. BCAB heeft Ei uiteengezet hoe zij de inkomsten wou gebruiken. Daarop heeft Ei, zonder nieuw besluit noch expliciete bevestiging, aanvaard dat BCAB de inkomsten op de uiteengezette wijze zou gebruiken. Met het thans bestreden besluit wijkt de autoriteit op drastische en onverwachte wijze af van haar vroegere handelswijze. BCAB mocht gewettigd erop vertrouwen dat de voorwaarden om haar activiteiten uit te oefenen niet volstrekt met terugwerkende kracht zouden worden gewijzigd, zoals het besluit van Ei doet. Gelet op het voorgaande is het besluit in strijd met het Unierechtelijke beginsel van het gewettigd vertrouwen.

- 23 Tevens schendt Ei's bevel tot oplegging van een dwangsom het evenredigheidsbeginsel. Ten eerste strekt het besluit niet tot de door de EU-elektriciteitsverordening beoogde bevordering van het algemeen belang, met andere woorden de ontwikkeling van de gemeenschappelijke elektriciteitsmarkt en in het bijzonder het op efficiënte wijze handhaven en gebruiken van de koppelingcapaciteit tussen [Or. 10] nationale transmissienetwerken. Integendeel, in het licht van die doelstellingen lijkt het bevel van Ei jegens BCAB meteen contraproductief te zijn aangezien het de exploitatie en de beschikbaarheid van Baltic Cable voor marktdeelnemers in het gedrang brengt. Ei lijkt niet te hebben nagedacht over de vraag hoe het besluit zich verhoudt tot de doelstellingen van de verordening betreffende de interne markt voor elektriciteit. De stelling van Ei toont daarentegen aan dat de autoriteit de toepassing van artikel 16, lid 6, als een doel op zich beschouwt. Die opvatting valt niet te verenigen met de juiste toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Ten tweede is het besluit niet nodig om het gebruik door BCAB van de congestie-inkomsten overeenkomstig de elektriciteitsverordening aan te merken. Het aan de regels ten grondslag liggende algemeen belang kan met aanzienlijk minder beperkende middelen worden gediend (Ei zou bijvoorbeeld andere toepassingen van de ontvangsten uit congestie overeenkomstig de tweede alinea van artikel 16, lid 6 kunnen goedkeuren). Ten derde leidt het besluit tot zulk een vergaande inmenging en heeft het dergelijke verstrekkende gevolgen voor BCAB dat het niet aannemelijk is dat de mogelijke voordelen kunnen worden geacht op te wegen tegen de nadelige gevolgen. Ei's besluit is derhalve hoe dan ook onevenredig en is dientengevolge ongeoorloofd.
- 24 Ei erkent dat toepassing van de verordening betreffende de interne markt voor elektriciteit onredelijke en „ten dele” onevenredige gevolgen voor BCAB oplevert. Het besluit is als zodanig onevenredig en schendt dientengevolge artikel 22 van de elektriciteitsverordening.

Een uitzondering uit hoofde van de tweede alinea van artikel 16, lid 6, moet worden toegestaan

- 25 Subsidiair verzocht BCAB om goedkeuring uit hoofde van de tweede alinea van artikel 16, lid 6. Het verzoek om goedkeuring veronderstelt dat artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening van toepassing is op haar bedrijfsactiviteiten, dat het gevraagde gebruik van de inkomsten uit congestie nog niet is toegestaan op

grond van de eerste alinea ervan en dat het gebruik nog niet door Ei is goedgekeurd. **[Or. 11]**

- 26 BCAB kan de inkomsten uit congestie niet nog efficiënter overeenkomstig de eerste alinea van artikel 16, lid 6, gebruiken dan het nu al doet. Ei heeft de methode voor de berekening van tarieven voor BCAB, waarin alle congestie-inkomsten zijn vervat, vastgesteld. Derhalve bestaan mogelijkheden om het gebruik van congestie-inkomsten uit hoofde van de tweede alinea van artikel 16, lid 6, goed te keuren.
- 27 Het gevraagde gebruik van de congestie-inkomsten betreft maatregelen die nodig zijn om de koppeling tussen Baltic Cable en de markt te handhaven, waaronder het maken van winst uit het voor de activiteiten vereiste kapitaal.
- 28 Het besluit van Ei om BCAB's verzoek om goedkeuring te weigeren is gebaseerd op het feit dat volgens de autoriteit slechts goedkeuring kan worden verleend mits de verzoeker tevens klanten en reduceerbare netwerkkosten (tarieven) heeft. Dat is een onjuiste veronderstelling die geen steun vindt in de tekst van de wetgeving. Uit de bewoordingen van de tweede alinea van artikel 16, lid 6, volgt niet dat deze bepaling uitsluitend kostenreductie beoogt.
- 29 Verder betoogt Ei, onder verwijzing naar de doelen van de elektriciteitsverordening, dat in het kader van die doelen enkel gebruik om tarieven te verminderen kan worden goedgekeurd. BCAB merkt op dat in artikel 1 van de elektriciteitsverordening wordt bepaald dat zij beoogt eerlijke regels voor de grensoverschrijdende handel in elektriciteit, de mededinging op de interne markt voor elektriciteit en een hoog niveau van zekerheid van de elektriciteitsvoorziening te bevorderen. In de overwegingen 21 tot en met 23 van de elektriciteitsverordening wordt verwezen naar regels inzake ontvangsten uit congestiebeheer en onder andere het geven van prioriteit aan investeringen in nieuwe infrastructuur. Geen van die doelen of overwegingen biedt steun voor de opvatting dat congestie-inkomsten die niet worden gebruikt om congestie weg te werken, uitsluitend moeten worden gebruikt om de nettarieven te verlagen.
- 30 De doelen van de elektriciteitsverordening kunnen niet verenigbaar zijn met dergelijke bijzonder oneerlijke economische regels voor bepaalde marktdeelnemers waardoor zij het risico lopen te verdwijnen, **[Or. 12]** die Ei nu lijkt te aanvaarden. De autoriteit baseert zich op redenen met betrekking tot doelen om een besluit te rechtvaardigen waarvan de gevolgen niet bevorderlijk zijn voor de doelen van dat besluit of die van de elektriciteitsverordening.
- 31 De mogelijkheid voor BCAB om zijn ontvangsten uit congestie te beheren is essentieel voor het bedrijf om Baltic Cable te kunnen onderhouden en interconnectie aan spelers op de elektriciteitsmarkt te kunnen aanbieden. Zolang BCAB haar activiteiten kan voortzetten, kunnen netwerkklanten en de eigenaars van naburige netwerken kosteloos gebruikmaken van de toegenomen grensoverschrijdende uitwisseling die Baltic Cable mogelijk maakt. De activiteit

komt derhalve ten goede aan de netwerkklanten en bevordert de verwezenlijking van de doelen die met artikel 16, lid 6, en de elektriciteitsverordening in haar geheel worden nagestreefd. Indien BCAB haar ontvangsten uit congestie niet zou mogen gebruiken, wordt het bedrijf de mogelijkheid ontnomen om Baltic Cable te onderhouden en transmissiediensten aan te bieden. Tevens wordt in een dergelijke situatie zowel de mogelijkheid om de kosten te dekken en winst te maken uit de exploitatie van de kabel als de stimulans voor BCAB om transmissiediensten aan te bieden in het algemeen uitgeschakeld.

Energimarknadsinspektionen

BCAB valt onder artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening

- 32 Artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening is bedoeld voor iedereen die over ontvangsten uit congestie beschikt. Het staat vast dat Baltic Cable een interconnector zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 1, van de elektriciteitsverordening is. Ook staat vast dat BCAB inkomsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit verwerft sedert zij Baltic Cable exploiteert. BCAB dient daarom te voldoen aan artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening, waarbij het gebruik van de ontvangsten uit congestie wordt geregeld.
- 33 De verplichting voor BCAB om de ontvangsten uit congestie op een bepaalde wijze te gebruiken en ze op een aparte rekening te zetten volgt rechtstreeks uit de elektriciteitsverordening. Dat geldt ongeacht of Ei al dan niet een bevel uitvaardigt. **[Or. 13]**

Een bevel met of zonder dwangsom is de enige maatregel waarover Ei beschikt om de naleving van de elektriciteitsverordening af te dwingen.

BCAB is een transmissiesysteembeheerder (TSB)

- 34 Zelfs indien zou worden geoordeeld dat artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening alleen van toepassing is op transmissiesysteembeheerders, valt BCAB onder de bepaling. BCAB is namelijk een transmissiesysteembeheerder. Dat volgt rechtstreeks uit de definitie in artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit. Ei's beoordeling wordt ook gedeeld door de Commissie en de tegenhanger van Ei in Duitsland. In een arrest van maart 2017 heeft de hoogste Duitse rechter, het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) geoordeeld dat BCAB een transmissiesysteembeheerder is. Ei deelt de opvatting van BCAB niet dat het arrest van het Bundesgerichtshof is gebaseerd op de bewoordingen van de Duitse regels en dat deze verder gaan dan de verordening.

BCAB heeft de ontvangsten uit congestie niet in overeenstemming met artikel 16, lid 6, gebruikt

- 35 BCAB heeft de ontvangsten uit congestie onder andere gebruikt voor de exploitatie en het onderhoud van de hoogspanningslijn en om winst aan de eigenaars van het bedrijf uit te keren. Dit gebruik strookt niet met artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening.
- 36 Aangezien de bepaling vereist dat de transmissiecapaciteit wordt „gehandhaafd” en „vergroot”, kunnen de ontvangsten niet worden gebruikt om de kosten van de oorspronkelijke investering te compenseren. De bepaling veronderstelt dat de aansluiting al bestaat. Het is ook duidelijk dat exploitatie, onderhoud en winstverdeling niet onder toegestaan gebruik vallen. Hoewel misschien enige ruimte bestaat voor andersluidende interpretaties van wat onder het begrip „investeringen in het netwerk” valt, wijst niets erop dat het gebruik door BCAB van de ontvangsten uit congestie tot op zekere hoogte als investeringen in het netwerk kan worden beschouwd. **[Or. 14]**
- 37 De elektriciteitsverordening bevat geen enkele bepaling die erop wijst dat een zuivere interconnectie-onderneming gunstiger moet worden behandeld wanneer artikel 16, lid 6, wordt toegepast. Indien BCAB’s uitlegging voor alle interconnectoren zou gelden, zou artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening al zijn betekenis verliezen daar de ontvangsten in dat geval naar eigen goeddunken zouden kunnen worden gebruikt. De mogelijkheid van vrijstelling van de bepaling voor nieuwe interconnectoren uit hoofde van artikel 17 van de elektriciteitsverordening zou ook zinloos worden. Daaruit blijkt dat de uitlegging door BCAB onredelijk is en door het bedrijf louter wordt aangevoerd om de vereiste van de verordening te kunnen omzeilen, zodat de eigenaars vrij over de ontvangsten kunnen beschikken.
- 38 Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de verordening werd een vrijstelling voor bestaande interconnectoren voorgesteld maar het voorstel werd niet opgenomen in de definitieve versie van de verordening. De wetgever heeft er dus bewust voor gekozen bestaande interconnectoren, zoals Baltic Cable, niet vrij te stellen van de bepalingen over het toegestane gebruik van ontvangsten uit congestie. De wetgever deed dit ondanks het feit dat de gevolgen van de regels genoegzaam bekend waren.

Ei heeft het gebruik door BCAB van de ontvangsten uit congestie niet goedgekeurd

- 39 Ei kan een specifiek besluit betreffende een ander gebruik van ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit uitsluitend nemen op verzoek van de persoon die rekent op dergelijke ontvangsten. Het besluit van Ei betreffende het inkomstenplafond voor BCAB vormt, anders dan BCAB stelt, niet een dergelijk besluit betreffende een ander gebruik.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing

- 40 BCAB is van mening dat het evenredigheidsbeginsel bij de uitlegging van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening zo moet worden toegepast dat de bepaling in de praktijk niet van toepassing is op het gebruik door BCAB van de ontvangsten uit congestie. Dat is niet mogelijk. De enige mogelijkheid om het door BCAB beoogde resultaat te bereiken bestaat erin de bepaling volledig te negeren. Dat kan worden gelijkgesteld aan een zogenaamd „onrechtstreekse verzoek om nietigverklaring”, en vereist **[Or. 15]** een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Een Zweedse autoriteit of rechterlijke instantie kan een EU-verordening niet nietig verklaren.
- 41 Ei is het in grote lijnen eens met de beschrijving door BCAB van de gevolgen voor het bedrijf wanneer zij het bevel naleeft, dat wil zeggen dat de congestieheffingen worden voorbehouden voor maatregelen die BCAB niet kan nemen of die zij niet kan rechtvaardigen. In de praktijk betekent dit dat BCAB geen winst kan maken en dat de ontvangsten uit congestie niet mogen worden gebruikt voor de noodzakelijke kosten zoals de exploitatie en het onderhoud van de hoogspanningslijn. Dat zijn de gevolgen van de regels op zich en niet van het bevel van Ei.
- 42 Volgens Ei zijn aan de toepassing van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening op BCAB in zekere mate gevolgen verbonden die als onevenredig kunnen worden beschouwd. BCAB heeft een netwerkconcessie en staat dus in voor de transmissie van elektriciteit. Dat brengt bepaalde kosten met zich mee. De hoogspanningslijn is noodzakelijk en het is twijfelachtig of het feit dat de ontvangsten niet voor de exploitatie en het onderhoud ervan mogen worden gebruikt verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel. Wat andere toepassingen betreft, stelt Ei dat het feit dat [dat] gebruik niet is toegestaan volgens de bewoordingen van de verordening zowel evenredig als verenigbaar is met het nagestreefde doel.
- 43 Om BCAB toe te staan de ontvangsten uit congestie te gebruiken voor exploitatie en onderhoud, dient Ei op ongeoorloofde wijze af te wijken van de elektriciteitsverordening. Enkel het Hof van Justitie van de Europese Unie kan afwijken van een regel van Unierecht. Met andere woorden, Ei kan dus formeel gezien niet van de regel afwijken. Het is daarom voor de Förvaltningsrätten van groot belang om het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

Een uitzondering uit hoofde van de tweede alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening kan niet worden toegestaan

- 44 Het doel van artikel 16, lid 6, bestaat erin ervoor te zorgen dat ontvangsten uit congestie juist worden gebruikt voor congestiebeheer. **[Or. 16]**

Indien ontvangsten uit congestie daarvoor niet kunnen worden gebruikt, zouden zij door tariefverlagingen de klanten toch ten goede moeten komen.

- 45 Het belang van het feit dat de ontvangsten uit congestie als inkomsten moeten worden gerekend wanneer Ei een inkomstenplafond vaststelt, bestaat erin dat de klantentarieven dan met hetzelfde bedrag moeten worden verminderd. Het totale inkomstenplafond mag dus geen nadeel ondervinden van het feit dat de ontvangsten uit congestie in aanmerking moeten worden genomen, maar de inkomsten worden beïnvloed. Een deel van de inkomsten zal bestaan uit ontvangsten uit congestie en de rest uit heffingen voor klanten. Dat veronderstelt echter dat er klanten inkomsten opleveren, anders kan een dergelijke herverdeling niet plaatsvinden.
- 46 BCAB heeft geen netwerkklienten noch nettarieven. Aan de vereisten voor goedkeuring van de aanwending van de ontvangsten uit congestie om de tarieven te verlagen is dus niet voldaan. Voor BCAB blijft niets anders over dan de ontvangsten op een aparte interne rekening te zetten totdat ze kunnen worden gebruikt voor de onder a) en/of b) van de eerste alinea van artikel 16, lid 6, genoemde doelen.
- 47 Het feit dat BCAB haar inkomsten nu uit ontvangsten uit congestie verwerft, kan niet worden vergeleken met een verlaging van de nettarieven die in aanmerking kan worden genomen wanneer Ei beslist over het inkomstenplafond aangezien BCAB geen klanten heeft die verlaagde nettarieven kunnen verkrijgen.

RELEVANTE BEPALINGEN VAN EU-RECHT

- 48 Artikel 5, lid 4, van het Verdrag betreffende de Europese Unie:
- „Krachtens het evenredigheidsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.” [Or. 17]
- 49 Artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
- „Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist.”
- 50 Artikel 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:
- „Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en

daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

51 Artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit:

„Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

[...]

3. ‚transmissie’: transport van elektriciteit langs het extra hoogspannings- en hoogspanningsstelsel van systemen, met het oog op de beleving van eindafnemers of distributiemaatschappijen, de levering zelf niet inbegrepen;

4. ‚transmissiesysteembeheerder’: natuurlijke persoon of rechtspersoon die in een bepaald gebied verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, zo nodig, de ontwikkeling van het transmissiesysteem alsook, indien van toepassing, de interconnecties ervan met andere systemen en die ervoor moet zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit;

[...]

13. ‚interconnector’: uitrusting om elektriciteitssystemen onderling te koppelen;
[Or. 18]

14. ‚stelsel van systemen’: een aantal transmissie- en distributiesystemen die door middel van één of meer interconnectoren met elkaar zijn verbonden[;]”

52 Artikel 2, lid 1, van de elektriciteitsverordening:

„Voor de toepassing van deze verordening zijn de definities in artikel 2 van [de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit] van toepassing, uitgezonderd de definitie van ‚interconnector’, die als volgt komt te luiden:

- ‚interconnector’: transmissielijn die een grens tussen lidstaten overschrijdt of overspant, en de nationale transmissiesystemen van de lidstaten onderling koppelt.”

53 Artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening:

„Eventuele ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit worden gebruikt voor de volgende doelen:

- (a) het garanderen dat de toegewezen capaciteit daadwerkelijk beschikbaar is, en/of
- (b) de koppelingscapaciteit handhaven of vergroten door investeringen in het net, met name in nieuwe interconnectoren.

Indien ontvangsten niet efficiënt voor de in de eerste alinea, onder punten a) en/of b), genoemde doelen kunnen worden aangewend, kunnen zij onder voorbehoud van goedkeuring door de regulerende instanties van de betrokken lidstaten voor een door die instanties [vast te stellen] maximumbedrag worden aangewend als inkomsten die door de regulerende instanties in aanmerking moeten worden genomen bij de goedkeuring van de methode voor de berekening van de nettarieven, en/of de vaststelling van de nettarieven.

De rest van de ontvangsten wordt op een aparte interne rekening gezet totdat hij voor de in de eerste alinea, onder punten a) en/of b), genoemde doelen kan worden besteed. Het Agentschap wordt op de hoogte gesteld van het in de tweede alinea bedoelde goedkeuringsbesluit.” **[Or. 19]**

54 Artikel 22, lid 1, van de elektriciteitsverordening:

„De lidstaten stellen onverminderd het bepaalde in lid 2 de regels vast inzake de sancties die van toepassing zijn op inbreuken op de bepalingen van deze verordening en nemen alle nodige maatregelen om te waarborgen dat deze bepalingen worden uitgevoerd. De vastgestelde sancties zijn doeltreffend, evenredig en afschrikkend.”

DE NOOD AAN EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

55 Onderhavige zaak heeft uitsluitend betrekking op de uitlegging en de toepassing van de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit, de elektriciteitsverordening en de beginselen van het Unierecht.

56 De Förvaltningsrätten is van oordeel dat de bewoordingen van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening, niet ervoor zorgen dat deze bepaling alleen van toepassing is op transmissiesysteembeheerders. Veel pleit ervoor dat de ontvangsten van BCAB uit interconnectie onder de bepaling vallen. Maar bepaalde factoren zouden kunnen pleiten voor een beperktere werkingssfeer.

57 Indien artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening enkel van toepassing is op transmissiesysteembeheerders, rijst de vraag of een onderneming die louter een interconnector exploiteert en niet verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, zo nodig, de ontwikkeling van het transmissiesysteem in een bepaald gebied (hierna: „onderneming die louter een interconnector exploiteert”) een transmissiesysteembeheerder kan zijn. Een dergelijke conclusie vindt steun in verscheidene factoren, waaronder de bewoordingen van artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit. Opgemerkt kan ook worden dat het Bundesgerichtshof in Duitsland heeft geoordeeld dat BCAB een transmissiesysteembeheerder is. Maar er zijn ook bepaalde elementen die voor een andere beoordeling kunnen pleiten. **[Or. 20]**

58 Voorts oordeelt de Förvaltningsrätten dat uit artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder a) en b), van de elektriciteitsverordening duidelijk blijkt dat een onderneming die een interconnector exploiteert haar ontvangsten uit de toewijzing

van koppelingscapaciteit niet mag gebruiken om winst te maken. Aangaande exploitatie en onderhoud zou een dergelijk gebruik alleen op grond van een ruime uitlegging toegestaan zijn.

- 59 Ei is van mening dat de nationale autoriteit geen gebruik mag maken van de tweede alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening voor de goedkeuring van het gebruik door een onderneming die louter een interconnector exploiteert, van ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit voor een ander doel dan dat waarnaar in de eerste alinea van artikel 16, lid 6, wordt verwezen, wanneer de onderneming een methode heeft om tarieven vast te stellen, maar geen klanten heeft die rechtstreekse betalingen verrichten voor netwerkkosten (nettarieven) die kunnen worden verminderd. Hoewel er factoren zijn die een dergelijke conclusie schragen, volgt niet rechtstreeks uit de bewoordingen van de bepaling dat zij op die manier moet worden toegepast.
- 60 De Förvaltningsrätten merkt ten slotte op dat partijen, hoewel zij van mening verschillen over de werkingssfeer, het erover eens zijn dat wanneer artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening wordt toegepast zoals Ei in het bestreden besluit doet, gevolgen in het leven worden geroepen die als onevenredig kunnen worden beschouwd. De Förvaltningsrätten oordeelt dat er geen redenen zijn om anders te oordelen. Bijgevolg is het twijfelachtig of artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel wanneer deze bepaling wordt toegepast op een onderneming die louter een interconnector exploiteert.
- 61 De geldigheid van een door een EU-instelling vastgestelde handeling kan enkel door het Hof van Justitie van de Europese Unie worden onderzocht.
- 62 In het licht van bovenstaande overwegingen verklaart de Förvaltningsrätten dat het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing moet worden verzocht **[Or. 21]** en dientengevolge schorst de Förvaltningsrätten de behandeling van de zaak en legt hij de volgende vragen aan het Hof van Justitie voor:
1. Is artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening van toepassing in alle gevallen waarin een persoon inkomsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit verwerft, ongeacht de omstandigheden waarin hij zich bevindt, of is deze bepaling alleen van toepassing wanneer de ontvanger van de inkomsten een transmissiesysteembeheerder is zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreffende de interne markt voor elektriciteit?
 2. Indien het antwoord op vraag 1 luidt dat artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening enkel van toepassing is op transmissiesysteembeheerders, is een onderneming die louter een interconnector exploiteert dan een transmissiesysteembeheerder?

3. Indien het antwoord op vraag 1 of 2 betekent dat artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening van toepassing is op een onderneming die louter een interconnector exploiteert, kunnen de kosten met betrekking tot de exploitatie en het onderhoud van een interconnector dan in ieder geval worden beschouwd als investeringen in het netwerk om transmissiecapaciteit te handhaven of te vergroten, zoals bedoeld in artikel 16, lid 6, eerste alinea, onder b)?
4. Indien het antwoord op vraag 1 of 2 betekent dat artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening van toepassing is op een onderneming die louter een interconnector exploiteert, kan de regulerende instantie dan uit hoofde van de tweede alinea van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening goedkeuren dat een onderneming die louter een interconnector exploiteert en een methode heeft om tarieven vast te stellen maar geen klanten heeft die rechtstreekse betalingen verrichten voor netwerkkosten (nettarieven) die kunnen worden verminderd, ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit gebruikt om winst te maken **[Or. 22]** of, indien het antwoord op vraag 3 ontkennend luidt, voor exploitatie en onderhoud?
5. Indien het antwoord op vraag 1 of 2 betekent dat artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening van toepassing is op een onderneming die louter een interconnector exploiteert, en het antwoord op vragen 3 en 4 betekent dat de onderneming ontvangsten uit de toewijzing van koppelingscapaciteit niet mag gebruiken voor exploitatie of onderhoud of om winst te maken, dan wel dat de onderneming de ontvangsten mag gebruiken voor exploitatie en onderhoud, maar niet om winst te maken, is de toepassing van artikel 16, lid 6, van de elektriciteitsverordening op een onderneming die louter een interconnector exploiteert dan strijdig met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel of een ander toepasselijk beginsel?

De verwijzingsbeslissing is niet vatbaar voor beroep. Een definitieve beslissing zal worden gegeven wanneer het Hof van Justitie van de Europese Unie de prejudiciële vragen heeft beantwoord.

[omissis]